

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA**



**TESIS DOCTORAL**

**Estudio y exégesis de la ley de divorcio de 2 de marzo de  
1932 y actualidad de la problemática en torno al principio de  
indisolubilidad del matrimonio**

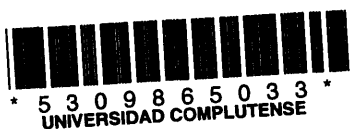
MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Luis Barroso González**

**Madrid, 2015**

Luis Barroso González

TP.  
1983  
181-I



X-53-343315-8

ESTUDIO Y EXÉGESIS DE LA LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932  
Y ACTUALIDAD DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL PRINCIPIO DE INDI-  
SOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

TOMO I

Departamento Estudios Internacionales  
Sección de Ciencias Políticas  
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología  
Universidad Complutense de Madrid  
1983



BIBLIOTECA



**Colección Tesis Doctorales. Nº 181/83**

**© Luis Barroso González**  
**Edita e imprime la Editorial de la Universidad**  
**Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía**  
**Noviciado, 3 Madrid-8**  
**Madrid, 1983**  
**Xerox 9200 XB 480**  
**Depósito Legal: M-24891-1983**

LUIS BARROSO GONZALEZ

"ESTUDIO Y EXEGESIS DE LA LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932 Y ACTUALIDAD DE LA PRÓBLEMATICA EN TORNO AL PRINCIPIO DE INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO".

DIRECTOR DE LA TESIS: Profesor don JOSE MARTINEZ DE CARVAJAL;  
Catedrático de Derecho Político-Eclesiástico y Relaciones de la Iglesia y el Estado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid.

LUGAR EN QUE SE PRESENTA LA TESIS:

SECCION DE POLITICAS  
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIOLOGIA  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



#### CORRECCIONES

- Pág.22 línea 22 debe empezar: para presentar.
- Pág.26, final línea dos y antes línea tres falta la frase: vencia conyugal y en la "affectio maritalis": No es necesario una con- (Sigue línea tres).
- Pág.27 final línea 21 y principio línea 22 debe decir: era el consentimiento libre de los contrayentes,
- Pág.38 línea 13 debe comenzar: su naturaleza pertenecen. Y línea 16 que debe decir: riales y otras Letras Apostólicas de S.S. el Papa Pío IX y, concretamente, en las letras Apostólicas de Pío IX "Ad Apostolicas" (Sigue línea17)
- Pág.45 línea 16 debe terminar así: ... de que había hecho dejación en manos de la Iglesia en materia matrimonial supone la vindicación para el (Sigue línea 17)
- Pág.60 línea 3 debe empezar: Pío XI, siguiendo
- Pág.78 después línea 27 debe seguir la frase: , por consiguiente, atendiendo a un problema que es netamente jurídico, (Sigue línea 28).
- Pág.87 línea 10 debe terminar: por Derecho canónico son muchas más que las (Sigue línea 11)
- Pág.97 líneas 6 y 7 deben decir: dos temporalmente por sentencia firme a la que el Código Civil reconozca efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio conforme a lo dispuesto (Sigue línea 8)
- Pág.116 después línea 13 debe ponerse la siguiente frase: por el Juez instructor la prueba documental para que aquel testimonio (Sigue línea 14). Y línea 17 que debe decir: si los autos de los que aquel testimonio parece deducido fueron o no puestos de manifiesto a la otra parte, ni si ésta se la (Sigue línea 18)
- Pág.138 línea 19 debe empezar: el cual los contratos no pueden. Y línea 20 que debe decir: ción de una de las partes, no pueden rescindirse si una de esas partes no demuestra que la otra no ha cumplido su obligación; por eso, dejar el cumplimiento de los contratos al (Sigue línea 21).
- Pág.183 línea 22 debe decir: ni nada que tuviese que ver con las congregaciones; nada, en síntesis, que tuviese que ver con la conciencia que había (Sigue línea 23 así: de alojarse...)
- Pág.223 línea 4 el paréntesis debe decir (212)
- Pág.228 línea 5 debe empezar: económico ni. Línea 14 que debe decir: sólo será el histerismo, sino que serán razones fútiles, motivos ocasionales los que por impresión momentánea (Sigue línea 15). Y línea 33 el paréntesis debe decir (214)
- Pág.235 línea 27 el paréntesis debe decir: (217)
- Pág.241 línea 25 después del punto y siguientes deben decir: Pues bien, ni tan siquiera en este aspecto puramente civil -pues, desde luego, el matrimonio religioso es indisoluble- puede admitirse el divorcio, y ello porque aun bajo el aspecto meramente civil el matrimonio está sujeto a la ley natural y a la ley divina, y la ley natural y la ley divina prohíben en absoluto el divorcio y son anteriores (Sigue línea 31).

### CORRECCIONES

- Pág.253: Debe colocarse antes que la página 252.
- Pág.253 línea 4 debe terminar: lo que era, a todas luces, (Sigue línea 5). Y línea 10 debe decir: una campaña revisionista (Sigue igual)
- Pág.276 línea 7 final y línea 8 deben decir: la impotencia masculina y se omite la frigidez femenina, incurriéndose además en la cobardía (Sigue línea 9). Y línea última en que deben desaparecer las dos últimas palabras (deben ser)
- Pág.280 línea 22 debe decir: comparan las estadísticas de países que tienen establecido el divorcio con la de los países que no lo tienen establecido, aumentando (Sigue línea 23)
- Pág.281 línea 13 última palabra es: incidencia
- Pág.285 línea 10 donde dice "España" debe decir "Europa"
- Pág. 287 línea 17 debe decir: cuencias de los hechos y no se dejan impresionar por los casos individuales, que son los que dan lugar a proyectos como éste del (Sigue línea 18)
- Pág.298 línea 13 debe empezar: cuánto que a los casos de grave...
- Pág.301 línea 12 debe decir: si la ley natural es de todos los tiempos, y de todos los lugares, la ley positiva, que es obra de los hombres, no tiene fuerza (Sigue línea 13). Línea 19 debe decir: sus disposiciones, y añadía que la ley que tenía (Sigue igual). Y línea 21 que debe empezar: cuánto beneficia, tiene (Sigue igual).
- Pág.307 línea 8 final debe desaparecer la última palabra (para), y línea 9 principio debe desaparecer la primera palabra (que). Y línea 17 que debe empezar: manifesté. Y línea 30 donde dice "ciudades" debe decir "ciudadanos".
- Pág.311 línea 23 debe terminar diciendo: ... y exige la existencia de un matrimonio que surta efectos civiles, en el supuesto del matrimonio canónico (Sigue línea 24 que debe empezar así: rato y no consumado...)
- Pág.343- Pág. línea 16 debe decir: ción de personas y bienes ~~de~~ los cónyuges por causas que determinan generalmente una culpa en uno de los cónyuges, o en ambos, admitien- (Sigue línea 17)
- Pág.350 línea 6 debe empezar: Dada la ... . Y línea 9 que debe empezar: o de los dos, y otras no, ... (Sigue igual).
- Pág.355 línea 12 debe decir: y reproduce: Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1370-.
- Pág.360 Nota 315 debe empezar así: Cfr. criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.
- Así, en sentido contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia- (Sigue línea 3 de la Nota igual)
- Pág.413 después línea 23 y antes línea 24 deben añadirse las palabras: y la prostitución o corrupción (Sigue línea 24)
- Pág.423 línea 4 debe empezar así: Re exculpación ... . Línea 10 donde dice "consentir" debe decir "consistir". Línea 13 debe empezar: necesitan tuviera. Y línea 25 donde dice "no se desentienda" debe decir: "se desentiende".

#### CORRECCIONES

- Pág.745 línea II que debe decir: miento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran (Sigue línea I2)
- Pág.798 línea 32 debe terminar: hay que reconocer que aunque debiera haberse citado y emplazado al Ministerio Fiscal al plantearse (Sigue línea 33)
- Pág.873 línea 2I debe decir: las causas de divorcio no pueden ir a los Tribunales de lo Criminal, sino que tienen que ir necesariamente a los Tribuna- (Sigue línea 22)
- Pág.953 línea 20 debe empezar: blecidas se hayan padecido por la Sala... (Igual)
- Pág.1007 línea II y antes línea I2 deben añadirse las palabras: en el voto particular, que pueden poner en grave trance la integridad de (Sigue línea I2 que debe empezar: una familia, ...)
- Pág.1046 línea 2 donde dice "designar" debe decir "designación". Y línea 32 que debe decir: " ... Aun cuando es posible que la Comisión y la (Sigue línea 33)
- Pág.1048 línea 25 donde dice "legitimación" debe decir "legislación"
- Pág.1094 línea 7 debe empezar: SI de la Ley de Enjuiciamiento Civil (916) y de lo establecido en los artículos 1º y 4I de (Sigue línea 8)
- Pág.1099 línea 24 debe empezar: conforme, además, con las reglas (Sigue igual)
- Pág. 1100 línea I2 debe empezar: nalidad francesa y habiéndose solicitado por la esposa el divorcio por la (Sigue línea I3)
- Pág.1110 línea 9 debe decir: sin contradecirlo, el hecho de estar vigente en cierto país unas determinadas disposiciones legales citadas por la demandan- (Sigue línea IO)
- Pág. 1123 línea 3I después del punto debe decir: Quien se crea ligado por ley divina a la (Sigue línea 32)
- Pág.1125 línea I8 debe empezar: de un principio religioso, solo cabe cuando esa ley se implanta con carácter (Sigue línea I9)
- Pág.1130 línea 23 donde dice "efición" debe decir "ficción"
- Pág. 1131 línea 6 palabra última es "capaces".
- Pág. 1133 línea IO debe empezar: concepto que de sí mismo tiene, adopta ante esta doctrina la siguen- (Sigue línea II). Y línea 30 que debe empezar: 1932 -"Gaceta", 3 - y la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932 -"Gaceta", 3 de Julio -, los metropolitanos y obispos en (Sigue línea 3I)
- Pág. 1135 línea I9 debe empezar: en la forma ordinaria importaría, mientras la Santa Sede ~~dispusiera~~ no dispusiera (Sigue línea 20). Y línea 3I última palabra donde dice "entendiendo" debe decir "entendido".
- Pág.1136 línea 2 donde dice "pariente" debe decir "pidieren". Línea 3 debe empezar: del vínculo, o a ello prestare (Igual). Línea 9 que debe empezar: públicos eclesiásticos, ni formar parte (Igual). Línea I2 debe terminar: no niega en la última. Línea 24 debe terminar: don verdadero. Y línea 33 que debe terminar: y a que, secundando sus deseos y siguiendo.
- Pág.1143 línea 2I debe empezar: el precepto. El precepto dice, tal como (Igual)
- Pág.1150 línea 6 donde dice "de" debe decir "y".
- Pág.1153 línea I2 donde dice "no basta no decir" debe decir "no basta con decir".

#### CORRECCIONES

- Pág. II53 línea 13 debe empezar: divorcio o soy contrario al (Igual)
- Nota 966 que está en página II66 debe ponerse en pág. II56 después de la Nota
- Pág.II84 línea 7 debe empezar: b) En relación (Sigue igual)
- Pág.II87 línea 24 debe empezar: del Acuerdo, de los efectos civiles (Sigue igual)
- ~~XXXXXXXXXX~~
- Pág.I200 línea 17 debe empezar: de los matrimonios civiles a los matrimonios canónicos, y la circunstancia exigida (Sigue línea 18)
- Pág.I207 línea 23 donde dice "cuan" debe decir "aún"
- Pág.I208 línea 5 debe decir: El abandono injustificado del hogar que como causa de (Sigue línea 6). Y línea 17 última palabra donde dice "objeti-" debe decir "adjeti-"
- Pág.I211 línea 7 debe decir: de aplicación a la misma la doctrina expuesta en el estudio de estos (Sigue línea 8)
- Pág.I215 línea 13 paréntesis que dice (I926) debe decir (I026)
- Pág.I220 línea 22 debe empezar: según el procedimiento previsto en el (Sigue igual)
- Pág.I226 línea 2 donde dice "83" debe decir "84"
- Pág.I227 línea 31 donde dice "83" debe decir "84"
- Pág.I239 línea 4, 5 y 6 que deben decir: 14.8.I. Procedimiento de separación y de divorcio cuando la petición de separación o de divorcio se presenta de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro:
- Pág.I259 debe ponerse después de la página I261
- Debe ponerse INDICE en el APENDICE: Simplemente título obra que se transcribe en el Apéndice y página del Apéndice en que se comienza la transcripción.

Con agradecimiento a los Profesores:

D. JOSE JIMENEZ Y MARTINEZ DE CARVAJAL y  
D. FRANCISCO RICO PEREZ



S U M A R I O

T O M O I:

PAG.

INTRODUCCION

- |  |    |
|--|----|
| 1. Justificación del tema y métodos elegidos de investigación..... | 16 |
|--|----|

CAPITULO PRIMERO

- |   |    |
|---|----|
| 2. La doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio y sistemas matrimoniales en el Derecho español.....  | 20 |
| 2.1. El fundamento de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio. Criterio de la legislación española respecto a la forma que ha de revestir la celebración del matrimonio - para que éste obtenga su eficacia jurídica hasta la publicación de los cánones del Concilio de Trento como ley de España..... | 21 |
| 2.2. Consagración en Trento de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio y polémica sobre los matrimonios clandestinos. Publicación de los cánones del Concilio de Trento como Ley de España por Real Cédula de Felipe II, de 12 de Julio de 1564.....  | 34 |
| 2.3. Errores sobre el matrimonio cristiano anotados en el "Syllabus" ya notados en las Alocuciones consistoriales y otras Letras Apostólicas de S.S. el Papa Pío IX. Ley provisional del Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1670.....   | 38 |
| 2.4. El sistema matrimonial de la forma religiosa - preponderante, con forma civil subsidiaria, de la Restauración.....   | 49 |
| 2.5. El matrimonio civil y los males del divorcio: Encíclicas "Arcanum Divinae" y "Casti connubii" Reimplantación del régimen de matrimonio civil obligatorio en la Segunda República: Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932.....  | 56 |

	<u>PAG.</u>
3. Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales Civiles en los pleitos de nulidad y divorcio y Reglas Transitorias 3ª, 4ª, y 5ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.....	78
3.1. El Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y divorcio.....	80
3.2. Reglas Transitorias 3ª, 4ª y 5ª de la Ley de - Divorcio de 2 de Marzo de 1932.....	97

## CAPITULO SEGUNDO

4. El párrafo primero del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: discurso de exposición - del proyecto de Constitución Republicana. Discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución republicana referentes a religión, familia y enseñanza. Discusión del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: votos particulares y enmiendas.....	119
4.1. El párrafo primero del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: discurso de exposición del proyecto de Constitución del Sr.- Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión de Constitución.....	119
4.2. Discusión de totalidad del proyecto de Constitución republicana.....	122
4.3. Discusión de totalidad de los artículos del - proyecto de Constitución republicana referentes a religión, familia y enseñanza.....	141
4.4. Discusión del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: votos particulares y enmiendas.....	157
5. Proyecto de ley sobre el divorcio y dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto - de ley de Divorcio: Discusión de totalidad del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre -	

	<u>PAG.</u>
el proyecto de ley de divorcio. Sistemas legislativos que influyen en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.....	238
5.1. Proyecto de ley sobre el divorcio y dictamen de la Comisión Permanente de Justicia sobre el Proyecto de ley de Divorcio: Discusión de totalidad del dictamen de la Comisión de Justicia, sobre el proyecto de ley de divorcio.....	238
5.2. Sistemas legislativos que influyen en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.....	293

T O M O II:

CAPITULO TERCERO

6. La Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932: Del divorcio y de la separación de personas y bienes.....	299
6.1. Aplicación de las disposiciones contenidas en la ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 a todos los matrimonios, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración.....	299
6.2. Ejercicio de la acción de Divorcio o de separación de personas y bienes.....	309
6.2.1. La existencia de un matrimonio que surta efectos civiles como requisito previo para ejercitar la acción de divorcio y separación de personas y bienes.....	309
6.2.2. Procedimientos o medios que se otorgan a los cónyuges que solicitasen, conforme a la facultad o derecho que el artículo 43 de la Constitución de la república de 9 de Diciembre de 1931 les concedía, la disolución de su matrimonio: Ejercicio de la acción de divorcio o separación de personas y bienes por mutuo disenso. Ejercicio de la acción de divorcio o separación de personas y bienes	

PAG.

por justa causa: Capacidad para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por justa causa; legitimación para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por justa causa; ejercicio de la acción de divorcio o separación de personas y bienes por justa causa aun cuando el hecho en que se funde la petición de divorcio o separación se hubiere realizado antes de la fecha de promulgación de la Ley de Divorcio.....	314
7. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Causas de divorcio y de separación de personas y bienes.....	340
7.1. Causas basadas en el principio de "discrepancia subjetiva" y causas basadas en el principio de "discrepancia objetiva".....	342
7.1.1. Concurrencia de causas de divorcio o separación: Concurrencia de causas de orden subjetivo y de orden objetivo, y concurrencia de causas de orden subjetivo o de orden objetivo solicitando uno de los cónyuges la disolución del vínculo matrimonial el otro la mera separación legal de los cónyuges.....	343
7.1.2. Cónyuge culpable y litigante vencido....	350
7.1.3. Interpretación de las causas de divorcio y separación.....	356
7.2. "El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue": Causa primera del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación. El adulterio como quebrantamiento o violación del deber de fidelidad conyugal que impone el matrimonio. Ejercicio de la acción de divorcio, o separación por la causa primera del artículo	

	<u>PAG.</u>
3º de la ley de Divorcio o separación: El adulterio consentido o facilitado por el cónyuge - que lo alegue.....	359
7.3. "La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges": Causa segunda del artículo 3º de la ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación. Delimitación del concepto de bigamia. Ejercicio de la acción de divorcio o separación de la causa segunda del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....	389
7.4. "La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución": Causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número tercero del artículo 3º de la ley de Divorcio. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número tercero del artículo 3º de la Ley de divorcio. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....	412
7.5. "El desamparo de la familia sin justificación" Causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de la causa de divorcio o separación. Elementos integrantes de esta causa de divorcio o separación: Delimitación del concepto de "desamparo"; delimitación del concepto de "familia". Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa cuarta del artículo 3º de la ley de Divorcio.....	419

PAG.

- 7.6. "El abandono culpable del cónyuge durante un -  
año: Causa quinta del artículo 3º de la Ley de  
divorcio. Naturaleza jurídica de esta causa de  
divorcio o separación. El abandono culpable co  
mo violación del deber de convivencia conyugal  
Condiciones que matizan el abandono previsto -  
en la causa quinta del artículo 3º de la Ley -  
de divorcio: La culpabilidad del cónyuge y el  
tracto de un año. Ejercicio de la acción de di  
vorcio o separación por la causa quinta del ar  
tículo 3º de la Ley de Divorcio..... 459
- 7.7. "La ausencia del cónyuge cuando hayan transcu-  
rrido dos años desde la fecha de su declaración  
judicial, computada conforme al artículo 186 -  
del código Civil": Causa sexta del artículo 3º  
de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de  
esta causa de divorcio o separación. Elementos  
integrantes de esta causa de divorcio o separa  
ción. Ejercicio de la acción de divorcio o se  
paración por la causa sexta del artículo 3º de  
la ley de Divorcio..... 485
- 7.8. "El atentado de un cónyuge contra la vida de -  
los hijos comunes o los de uno de aquellos; los  
malos tratamientos de obra y las injurias gra  
ves": Causa séptima del artículo 3º de la Ley  
de Divorcio. Naturaleza jurídica de las causas  
o motivos de divorcio o separación comprendi--  
dos en el número séptimo del artículo 3º de la  
ley de Divorcio. Causas o motivos de divorcio  
o separación comprendidos en el número séptimo  
del artículo 3º de la Ley de Divorcio: "El aten  
tado de un cónyuge contra la vida del otro, de  
los hijos comunes o de los de uno de aquellos"  
"Los malos tratamientos de obra". "Las injurias  
graves": elemento objetivo: la palabra proferi

PAG.

das, el acto ejecutado; elemtno subjetivo de -  
 la intencionalidad: animus injuriandi; elemen-  
 to formal: gravedad de las injurias. Ejercicio  
 de la acción de divorcio o separación por la -  
 causa séptima del artículo 3º de la Ley de Di-  
 vorcio.....

490

- 7.9. "La violación de alguno de los deberes que im-  
 pone el matrimonio y la conducta inmoral o des-  
 honrosa de uno de los cónyuges que produzca -  
 tal perturbación en las relaciones matrimonia-  
 les, que hagan insoportable para el otro cónyu-  
 ge la continuación de la vida común": Causa oc-  
 tava del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Na-  
 turaleza jurídica de las causas o motivos de -  
 divorcio o separación comprendidos en el núme-  
 ro octavo del artículo 3º de la Ley de Divor-  
 cio. Causas o motivos de divorcio o separación  
 comprendidos en el número octavo del artículo  
 3º de la Ley de Divorcio: Contenido global de  
 esta causa octava del artículo 3º de la Ley de  
 divorcio; alcance del concepto "de vida común"  
 expresado en el último inciso de la causa octa-  
 va del artículo 3º de la Ley de Divorcio; co-  
 culpabilidad del marido y de la esposa dentro  
 de la causa octava del artículo 3º de la Ley  
 de divorcio. La violación de alguno de los de-  
 beres que impone el matrimonio que produzca -  
 tal perturbación en las relaciones matrimonia-  
 les, que haga insoportable para el otro cónyu-  
 ge la continuación de la vida común": delimita-  
 ción de este motivo de divorcio o separación -  
 comprendido en el número octavo del artículo 3º  
 de la Ley de Divorcio; violación del deber de-  
 vida común en la misma residencia y domicilio;  
 violación del deber de mutuo socorro que el ma-  
 trimonio impone de consuno a los cónyuges, y

PAG.

de los deberes de protección y amparo del marido a la mujer y de obediencia de la mujer casada a su marido; la negativa del débito conyugal como violación de los deberes que impone el matrimonio que puede producir perturbación talen las relaciones matrimoniales, que haga insoporable para el otro cónyuge la continuación de la vida común. La conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoporable para el otro cónyuge la continuación de la vida común; delimitación de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio; actos atentatorios a la fidelidad conyugal que sin llegar a la demonstración del ayuntamiento carnal entrañan una conducta inmoral y deshonrosa perturbadora de las relaciones matrimoniales que hacen insoporable la vida común; el estado de embriaguez habitual como conducta inmoral o deshonrosa que puede producir tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoporable para el otro cónyuge la continuación de la vida común. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....

539

- 7.10. "La enfermedad contagiosa y grave de carácter venereo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo": Causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación en -



PAG.

el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio: la existencia de una enfermedad "contagiosa" y "grave" de carácter venereo como requisito por esta causa - novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio. La enfermedad contagiosa y grave de carácter venereo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración. La enfermedad contagiosa y grave de carácter venereo, contraída antes de la celebración del matrimonio, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....

594

- 7.11. "La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultas al tiempo de celebrarlo": Causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....

610

- 7.12. "La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años": Cau

	sa undécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....	<u>PAG.</u> 622
7.13.	"La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años": Causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación. Requisito que han de concurrir para que prospere la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio: Requisitos objetivos de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio: existencia de una separación de hecho y que esa separación tenga lugar en distinto domicilio. Elemento subjetivo del libre y mutuo consentimiento; consentimiento libre de ambos cónyuges plenamente acreditados por quien alega esta causa doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio Necesidad de que hayan transcurrido tres años como exigencia de plazo impuesta por esta causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio para que la separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida, sea jurídicamente motivo de separación o divorcio. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....	654
7.14.	"La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente.No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo": Causa décimo-tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio.....	700

PAG.

7.15. "Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos En este caso podrán pedir la separación cualquiera de los cónyuges": Causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio. Naturaleza jurídica de esta causa de separación de personas y bienes. Requisitos que han de concurrir para que prospere la causa 3ª del artículo 36 de la Ley de Divorcio. Ejercicio de la acción de separación de personas y bienes por el número 3º del artículo 36 de la Ley de Divorcio. Voto -- particular del Sr. Cirilo del Río proponiendo la inclusión de una nueva causa de separación entre los párrafos segundo y tercero del artículo 34 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio.....	729
8. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Extinción de la acción de divorcio o separación por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Prescripción de la acción de la acción de divorcio o separación. Reconciliación de los cónyuges.....	756
8.1. Extinción de la acción de divorcio o separación por la muerte de cualquiera de los cónyuges...	756
8.2. Prescripción de la acción de divorcio o separación.....	760
8.3. Reconciliación de los cónyuges.....	772

PAG.T O M O III:

## CAPITULO CUARTO

9. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Del procedimiento de separación y de divorcio.....	767
9.1. Del procedimiento de separación y de divorcio: Disposiciones generales:.....	767
9.1.1. Competencia objetiva por razón de la materia para instruir los procedimientos de separación y de divorcio por causa - justa.....	767
9.1.2. Medidas provisionales coetáneas al proceso de separación y de divorcio con relación a las personas de los cónyuges, - a los hijos y al régimen económico-matrimonial.....	784
9.1.3. Incidente de pobreza en los pleitos de separación y de divorcio.....	793
9.2. Del procedimiento de separación y de divorcio: Del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa:.....	795
9.2.1. Fase de instrucción ante los Jueces de Primera Instancia de los procedimientos de separación y de divorcio por una causa justa.....	795
9.2.2. Fase de resolución ante la Audiencia de los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa.....	860
9.2.3. Recurso de revisión contra las sentencias que dicten las Audiencias en los pleitos de separación y de divorcio ante el Tribunal Supremo. Interposición y formalización del recurso de revisión - por cualquiera de las causas que taxati	

	<u>PAG.</u>
vamente señala el artículo 57 de la Ley de divorcio. Recurso de revisión por in competencia de jurisdicción. Recurso de revisión por violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión. Recurso de revisión por injusticia notoria.....	923
9.2.4. Recurso de audiencia al litigante rebelde.....	978
9.3. Del procedimiento de separación y de divorcio: Del procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso.....	988
10. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes.....	996
10.1. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a las personas de los cónyuges.....	996
10.2. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a los hijos...	1036
10.3. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a los bienes - del matrimonio.....	1075
10.4. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a los alimentos.....	1089
11. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Problemas de Derecho Internacional Privado.....	1093
11.1. Criterios tomados en consideración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar la competencia de los Tribunales españoles en materia de divorcio y separación con -	1093

PAG.

algún elemento extranjero -"Soluciones jurisprudenciales al conflicto de jurisdicciones".	1093
11.2. Criterios tomados en consideración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la legislación aplicable en materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero presupuesta la competencia de los Tribunales españoles -"Soluciones jurisprudenciales al conflicto de leyes"-.....	1106
11.3. Reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio y separación.....	1122
12. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Juicio crítico.....	1123

CAPITULO QUINTO

13. La Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978. El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos jurídicos de 3 de Enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de Diciembre de 1979, y magisterio actual de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio.....	1138
13.1. La Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978.....	1138
13.2. El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de Enero de 1979, ratificado por instrumento de 4 de Diciembre de 1979, y magisterio actual de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio.....	1182
14. Ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio -"B.O.E", 20 de Julio-.....	1196

CONCLUSION

15. Conclusión.....	1261
---------------------	------

### INTRODUCCION

1.- Introducción: Justificación del tema y método elegido de investigación.

La elección del tema que va a ser desarrollado a través de esta tesis cuyo objeto es el "estudio y exégesis de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 y actualidad de la problemática en torno al principio de la indisolubilidad del matrimonio" responde a un doble criterio: general el primero, y referente a la actualidad de la polémica en torno al principio de la indisolubilidad del matrimonio como consecuencia directa del nuevo proceso político-legislativo por que atraviesa nuestra historia presente a consecuencia de la aceptación por los españoles de la democracia como nueva forma de organizar su vida político-social, y que, hoy como ayer, supone una ruptura en nuestra legislación del principio de indisolubilidad del matrimonio mantenido, de conformidad con la legislación canónica y nuestra tradición católica, por la legislación civil; y particular, el segundo, atiente a la búsqueda de una solución conciliatoria ante las posturas radicalmente opuestas y enfrentadas entre sí en un tema que suscita las más vivas polémicas y actitudes entre los defensores y detractores del principio de indisolubilidad del matrimonio:

Esta polémica surge a consecuencia de la influencia de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio en una sociedad marcada por la tradición católica, y quizá sólo la comprensión de unos y otros, defensores y detractores del principio de indisolubilidad del matrimonio, de las distintas esferas de acción de ambas potestades, la civil y la religiosa, en materia matrimonial pueda reconciliar las distintas actitudes en torno a la institución jurídica del divorcio civil: No se trata por la misma de discutir la eficacia jurídico-moral del ordenamiento canónico; sino su eficacia jurídica en el orden civil. Al margen de la actitud que adoptemos acerca de la institu-

ción jurídica del divorcio civil; hoy, el Estado democrático moderno, vindica para sí las funciones de soberanía relativas al orden legislativo y jurisdiccional en materia matrimonial, y en este sentido dos son los sistemas a adoptar en el desarrollo de aquella potestad al regular la institución del matrimonio, el de prescindir en el matrimonio de la sanción religiosa organizándolo como una institución civil separando su legislación de la canónica en materia tan importante, o el de reconocer como legítimos los matrimonios que se celebran según las normas canónicas guardándose el derecho a que en determinados casos cesen los efectos civiles que le son atribuidos por la legislación civil al matrimonio canónico -lo que es válido de igual modo respecto al reconocimiento y cesación de los efectos civiles de matrimonios que se celebren según los ritos de cualquiera otra religión positiva-; pero, en uno y otro caso, el Estado tiene limitado su derecho y su esfera de acción en el orden civil, sin que pueda nunca privar en el orden espiritual y religioso del carácter de legitimidad al matrimonio religioso. Son, pues, distintas las esferas de acción de ambas potestades, la potestad civil cuya acción ha de encerrarse necesariamente en el orden civil y que está legitimada para regular las condiciones de legitimidad civil del matrimonio y regular sus efectos en el mismo orden, y la potestad religiosa a quien corresponde declarar la legitimidad canónica del matrimonio y los efectos que de ella proceden en el orden moral y religioso.

No se trata, pues, en este trabajo, de realizar una obra de carácter crítico, sino de mera exposición de las diversas posturas mantenidas, con objeto de la discusión parlamentaria del proyecto de Constitución republicana y del proyecto de ley de Divorcio, en torno al principio de indisolubilidad del matrimonio, y para cuya comprensión es necesario partir del estudio de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio, cuya aceptación o no condiciona las actitudes de los defensores y detractores de la institución jurídica del divorcio civil.



Habremos de realizar una exposición sistematizada de la ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 a través del contenido doctrinal que informó la aprobación de cada uno de los artículos del dictámen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, completando el alcance doctrinal de la Ley republicana de Divorcio con el estudio de la exégesis que de sus preceptos realizó la jurisprudencia del Tribunal Supremo, doctrina jurisprudencial que en algunos puntos recobra hoy su vigencia y actualidad.

Algunos juicios críticos que de la misma hicieron eminentes personajes que destacaron en la discusión parlamentaria de la Ley, y que recogemos en nuestro trabajo, muestran su distinta posición frente a la institución jurídica del divorcio civil. Hoy, la Ley 30/1981 de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hace una nueva regulación de la institución jurídica del divorcio civil, pero las distintas actitudes adoptadas por los defensores y detractores del principio de indisolubilidad del matrimonio persisten, y se suscitan las mismas polémicas que ayer porque también hoy para una mayoría de los ciudadanos sigue en vigor el principio de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio.

!Sabremos respetar y llevar a sus últimas consecuencias el principio contenido en el artículo 16 de la Constitución Española aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de Octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referendum de 6 de Diciembre de 1978, y sancionada por S.M. el Rey ante las cortes el 27 de Diciembre de 1978!:

- "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunicaciones sin más limitaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

### CAPITULO PRIMERO

2. La doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio y sistemas matrimoniales en el Derecho español.

No ha de pretender encontrarse en las líneas que siguen un estudio exhaustivo, cronológico y sistemático de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio y sistemas matrimoniales en el Derecho español: la mera visión histórica será el punto de partida de la exposición que va a ser desarrollada a través de esta tesis cuyo objeto es el estudio y exégesis jurisprudencial de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1.932 y actualidad de la problemática en torno al principio de indisolubilidad del matrimonio.

La legislación republicana sobre el matrimonio supuso una ruptura en nuestra legislación del principio de indisolubilidad del matrimonio mantenido, de conformidad con la legislación canónica y nuestra tradición católica, por la legislación civil, y la reimplantación del régimen de matrimonio civil obligatorio, instaurado ya en la legislación de España por la Ley provisional de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870, cambios no exentos de las polémicas propias que trae consigo todo proceso político-legislativo que, en alguna manera, supone una ruptura respecto de lo anterior, polémicas que resurgen en nuestra historia, historia presente, cuando se atraviesa en España por un nuevo proceso político-legislativo como consecuencia de la aceptación por los españoles de la democracia como nueva forma de organizar su vida político-social.

Estas polémicas surgen por la influencia, hoy como ayer, de la doctrina de la Iglesia en una sociedad marcada por la tradición católica, no discutiéndose la eficacia jurídico-moral del ordenamiento canónico sino su eficacia jurídica en el orden civil.

2.1. El fundamento de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio. Criterio de la legislación española respecto a la forma que ha de revestir la celebración del matrimonio para que éste obtenga su eficacia jurídica hasta la publicación de los cánones del Concilio de Trento como la ley de España.

2.1.1. El fundamento de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio es la afirmación de Jesús contenida en los tres Evangelios sinópticos:

En Marcos y Lucas la doctrina es rotunda y sin excepciones: "... El que repudia a su mujer y se casa con otra, adultera contra aquella, y si la mujer repudia al marido y se casa con otro, comete adulterio" (1); "... Todo el que repudia a su mujer y se casa con otra, adultera, y el que se casa con la repudiada por el marido, comete adulterio" (2). Analicemos el contexto en que Jesús explica su doctrina de la indisolubilidad del matrimonio según el Evangelio de San Marcos: "... Llegándose unos fariseos, le preguntaron, tentándole, si es lícito al marido repudiar a la mujer. El respondió y les dijo: ¿Qué os ha mandado Moisés?. Contestaron ellos: Moisés manda escribir el libelo de repudio y despedirla. Díjoles Jesús: Por la dureza de vuestro corazón os dió Moisés esta Ley; pero al principio de la creación los hizo Dios varón y hembra; por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y serán los dos una sola carne. De manera que no son dos, sino una sola carne. Lo que Dios juntó, no lo separe el hombre" (3).

En los textos de San Mateo se introduce una reserva, que va a ser el caballo de batalla posterior, primero de las Iglesias cristianas orientales separadas, y, más tarde, de los reformadores protestantes, que defenderán la disolución del vínculo conyugal en base a esta reserva que se introduce en los dos textos de San Mateo: "... También se ha dicho: El que repudiare a una mujer -excepto el caso de fornicación- la expone al adulterio, y el que se casa con la repudiada comete adulte-

rio" (4); "... Y yo digo que quien repudia a su mujer -salvo caso de adulterio- y se casa con otra, adultera" (5). El contexto en que Jesús explica su doctrina de la indisolubilidad del matrimonio es en San Mateo el mismo que aparece en el Evangelio de San Marcos: "... Se le acercaron unos fariseos con propósito de tentarle, y le preguntaron: ¿Es lícito repudiar a la mujer por cualquier causa?. El respondió: ¿No habéis leído que al principio el Creador los hizo varón y hembra?. Y dijo: "Por esto dejará el hombre al padre y a la madre y se unirá a la mujer, y serán los dos una sola carne". De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre. Ellos le replicaron: Entonces, ¿cómo es que Moisés ordenó dar libelo de divorcio al repudiar?. Díjoles El: Por la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres, pero al principio no fué así" (6).

La legislación mosaica permitía el divorcio en estos términos "... Si un hombre toma una mujer y llega a ser su marido, y ésta luego no le agrada, porque ha notado en ella algo de torpe, le escribirá el libelo de repudio, y poniéndoselo en la mano, la mandará a su casa" (7). Una pregunta de los fariseos sobre la ley mosaica del repudio da a Jesús ocasión para preguntar su enseñanza sobre el matrimonio, confirmando esta institución según su primitivo estado, tal como salió de manos del Creador, con sus dos prerrogativas de unidad e indisolubilidad: Jesús no presenta su doctrina como una innovación, sino como restauración del orden primigenio que Dios estableció para toda la humanidad al crear a la primera pareja cuando el primer padre del humano linaje, inspirado por el Espíritu Santo, declaró: "... Esto sí que es ya hueso de mis huesos y carne de mi carne: Esta se llamará varona, porque del varón ha sido tomada: Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre; y se adherirá a su mujer; Y vendrán a ser los dos una sola carne" (8), ese orden que había degenerado entre los paganos y perdido entre los judíos su pureza original. La indisolubilidad del vínculo conyugal se presenta por Jesús como una restauración del precepto divino que Dios estableció para toda la humanidad

al crear a la primera pareja -"et erunt duo in carne una": Por tanto, dice Jesús, "lo que Dios unió no lo separe el hombre".

En los dos textos en que San Mateo reproduce esta enseñanza de Jesús introduce una reserva: "salvo en caso de porneia". Parecería que Jesús se coloca dentro de la escuela rabínica de sammai que, en su interpretación rigorista del texto del Deuteronomio, sólo permitía el repudio de la mujer en caso de infidelidad conyugal de ésta. Que no se trata de admitir el divorcio en caso de adulterio lo muestran razones poderosas: Si tal hubiera sido la doctrina de Jesús, no se explica la rigidez de los textos de los otros evangelistas; ni se explicaría entonces la reacción de los discípulos ante las palabras de Jesús: "... Dijéronle los discípulos: Si tal es la condición del hombre con la mujer, no conviene casarse" (9). El contexto no admite, pues, excepciones al principio de indisolubilidad del vínculo del Matrimonio: En iguales términos interpreta San Pablo esta enseñanza de Jesús: "... Cuanto a los casados, precepto es no mío, sino del Señor, que la mujer no se separe del marido, y de separarse, que no vuelva a casarse o se reconcilie con el marido y que el marido no repudie a su mujer" (10).

Desde el principio, dice Jesús, los hizo Dios varón y hembra: La inclinación natural del varón y de la mujer a unirse en matrimonio pertenece al orden del "amor" y este amor natural por el que se unen y juntan dos personas en vínculo perpetuo o indisoluble se perfecciona en el matrimonio cristiano por razón del sacramento, en virtud del cual los cónyuges cristianos significan y participan el misterio de unidad y amor entre Cristo y la Iglesia: "... Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia y salvador de su cuerpo. Y como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres a su marido en todo. Vosotros, los maridos, amad a vuestras mujeres, como Cristo amó a la Iglesia y se entregó por ella para santificarla, purificándola, mediante el lavado del agua con la palabra, a fin de presentársela a sí gloriosa, sin mancha o arruga o cosa semejante

sino santa e intachable. Los maridos deben amar a sus mujeres como a su propio cuerpo. El que ama a su mujer a sí mismo se ama, y nadie aborrece jamás su propia carne sino que la alimenta y la abriga como Cristo a la Iglesia, porque somos miembros de su cuerpo. "Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán dos en una carne". Gran misterio es éste, pero yo lo aplico a Cristo y a la Iglesia. Por lo demás, ame cada uno a su mujer, y ámela como a sí mismo, y la mujer reverencie a su marido" (11).

---

(1) Mc. 10,11-12. Sagrada Biblia, B.A.C., 23ª ed., Madrid 1967.

(2) Lc. 16,18. Sagrada Biblia, cit.

(3) Mc. 10,2-9. Sagrada Biblia, cit.

(4) Mt. 5,31-32. Sagrada Biblia, cit.

(5) Mt. 19,9 Sagrada Biblia, cit.

(6) Mt. 19,3-8. Sagrada Biblia, cit.

(7) Dt. 24,1. Sagrada Biblia, cit.

La exégesis rabínica no era unánime respecto al sentido de los preceptos mosaicos sobre el libelo de repudio. Así, los doctores judíos seguían unos la escuela rigorista de Sammai, que permitía sólo el repudio de la mujer en caso de infidelidad conyugal de ésta, y otros la escuela laxista de Hillel, conforme a la cual bastaba cualquier pretexto para que el marido pudiera repudiar a su mujer: Cfr. comentarios B.A.C. Mt. 3,32 y 19,9. Sagrada Biblia, cit.

(8) Gén. 2,23-25. Sagrada Biblia, cit.

(9) Mt. 19,10. Sagrada Biblia, cit.

(10) I. Cor. 7,10-11. Sagrada Biblia, cit.

No obstante, en los versículos que siguen se halla contenido el privilegio canónico que llaman "pailino": Si un cristiano o cristiana está casado con un infiel que consiente en vivir con la parte fiel respetando su conciencia, el matrimonio se mantiene firme; pero, en caso contrario, el matrimonio puede disolverse en beneficio de la parte fiel.

(11) Ef. 5,22-23. Sagrada Biblia, cit.

2.1.2. Podemos decir que, históricamente, la solemnidad no ha sido de rigor en el matrimonio. Así, la legislación romana y la legislación canónica representan un sentido abiertamente desfavorable a la existencia de formalidades legales en el matrimonio (12).

a) Evolución en la legislación romana respecto a la existencia de formalidades legales en el matrimonio:

Los caracteres de la asociación conyugal en la sociedad romana están trazados en la definición que da Modestino, hacia el final de la época clásica: "Es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos" (13).

Conforme a las reglas del Derecho Civil en Roma, se llama "justae nuptiae" o "justum matrimonium" al matrimonio legítimo. Para que las "justae nuptiae" fuesen válidas eran necesarias las siguientes condiciones: Pubertad de los esposos -capacidad natural-; el "connubium" -capacidad jurídica-: precisa se tener el "status libertatis" y el "status civitatis" (14) -el derecho romano admite igualmente ciertas causas de incapacidad relativa, fundadas, unas por causas de parentesco y de alianza, otras sobre motivos de moral o de conveniencia, y otras, en fin, por razones de orden político-; el consentimiento de los esposos, manifestado de modo continuo y no sujeto a formalidades de ninguna especie; y el consentimiento del paterfamilias cuando los contrayentes no son "sui juris" -respecto a las mujeres "sui juris", el derecho clásico señala como necesario el consentimiento del tutor y, desaparecida la "tutela mulierum", se exige para el matrimonio de la hija o viuda menor de 25 años el consentimiento del padre o de la madre o de sus parientes más próximos- (15).

Esto no quiere decir que el matrimonio sea en derecho romano un contrato puramente consensual, y que sea perfecto por el mero hecho del consentimiento de las partes, suponiendo desde luego las condiciones necesarias para que las "justae



ruptiae" fuesen válidas, pues el matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia efectiva, pero sí que la mujer esté a disposición del marido, y que esté instalada como "uxor" en su casa, y es por lo que se hace imposible el matrimonio con una mujer ausente, mientras que puede contraerse en ausencia del marido entrando la mujer en la casa de éste y dando así comienzo a la vida en común -el modo empleado con mas frecuencia para poner a la mujer a disposición de su marido era la "deductio in domum mariti"- mas sobre este elemento objetivo de la convivencia prevalece el objetivo de la intención, de la "affectio maritalis" (16).

El matrimonio en los primeros siglos estuvo casi siempre acompañado de la "manus", potestad organizada por el derecho civil y propia de los ciudadanos romanos que coloca a la mujer en situación igual a la de una hija en potestad paterna si el marido es "sui juris" y a la de una nieta estando el padre sometido a la potestad paterna -por medio de la "manus" se modifica la condición de la mujer, que entra en la familia civil del marido-: Esta potestad de la "manus" pudo ser establecida por el "usus" -es una especie de adquisición por el uso: la posesión de la mujer, continuada durante un año, daba al marido la "manus"-, la "confarreatio" -reservada exclusivamente para los patricios, consistía en una ceremonia que acompañaba el matrimonio, y que tenía un carácter religioso-, y la "coemptio" -procedimiento que permitía a los plebeyos que se casaban establecer la "manus" en el mismo momento del matrimonio, es una aplicación derivada de la "mancipatio" y consistía en una venta imaginaria de la mujer al marido, con la asistencia del jefe de familia si es "alieni juris" o la "auctoritas" del tutor si es "sui juris"- (17).

Mas eran frecuentes en Roma las simples uniones de hecho duraderas que bajo "Augusto -"lex Julia de adulteriis"- con el nombre de "concupinatus", recibieron por primera vez una especie de sanción legal, y que parece tuvieron su origen en la desigualdad de las condiciones -un ciudadano tomaba por

concubina a una mujer indigna de hacerla su esposa, tal como una manumitida-: Era el "concubinatus", pues, la unión estable de hombre y mujer sin "affectio maritalis", y sin que, por tanto, produjera ninguno de los efectos civiles unidos a las "justae nuptiae". Institución consentida por la ley, y no reprobada por la conciencia social, sólo bajo los emperadores cristianos se busca la manera de hacerla desaparecer procurando la transformación de estas uniones en "justae nuptiae" premiándolo con la legitimación de los hijos naturales nacidos del concubinato; sin embargo, el concubinato subsistió como institución legal y tolerada por la Iglesia (18).

b) Legislación canónica de los primeros siglos y su influencia en la legislación civil:

Desde los tiempos más remotos de la Iglesia católica había costumbre de consultar al Obispo -y, más tarde, al sacerdote- sobre la unión de los esposos, el cual bendecía a los cónyuges y ofrecía en ella el santo sacrificio (19); recomendándose en todo tiempo a los novios que recibiesen la bendición nupcial de manos del párroco, lo mismo que la confesión, que debía preceder a las bodas (20):

Mas la condición esencial del matrimonio era consentimiento de los contrayentes, por cuya razón eran tenidos éstos por verdaderos administrantes, y por válidos los matrimonios secretos, esto es, que se celebraban ocultamente, sin que asistieran sacerdote ni testigos a su celebración, siquiera se tratase de disminuir su número y de evitarlos en lo posible por medio de severas disposiciones prohibitivas (21): No es que la legislación canónica representara un sentido abiertamente desfavorable a la existencia de formalidades legales en el matrimonio -de ahí la recomendación de que los esposos recibieran la bendición nupcial-, sino que se tenían por válidos los matrimonios clandestinos.

Mas la plaga de la clandestinidad se había extendido en tales términos que convertía frecuentemente el vínculo del

matrimonio en lazo de inicuidad: La Iglesia, sin llegar a irritar tales matrimonios clandestinos, les consideraba como reprobables y prohibidos (22). También la legislación civil mostró bien pronto una orientación contraria a los matrimonios privados y clandestinos:

Orientada la concepción del matrimonio por el principio del consentimiento (23), sobre las limitaciones de este principio de libertad de los contrayentes, en cuanto resulta incompatible con la función tuitiva que los padres se arrogan en el matrimonio de los hijos, giran, a decir de García Gallo, una porción de preceptos, tanto del Liber iudiciorum como de los fueros municipales y territoriales de la baja y alta Edad Media, y se extiende el problema a la intervención de otros parientes en el matrimonio de mujeres de su familia (24): En efecto, la concepción jurídica del contrato matrimonial consiste sustancialmente para los derechos germánicos en que el padre o pariente que tenía a su cargo a la mujer hacía la "traditio potestatis" que le correspondía sobre ella al marido, unas veces de modo inmediato, otras valiéndose de un fiduciario, como era el sacerdote, que otorgaba además la bendición, sancionándose con graves penas los casamientos celebrados contra la voluntad del padre o parientes que estén a cargo de la mujer (25).

El derecho de los fueros municipales recoge esta doctrina, dando al matrimonio en que interviene la Iglesia el nombre de matrimonio de bendición, pero no excluye otras formas de unión sexual, tal como el llamado matrimonio "a yuras", matrimonio puramente privado que se celebraba sin solemnidad ninguna ni intervención del sacerdote: Considerada esta unión como una especie de matrimonio civil (26), no parece que los matrimonios clandestinos fueran matrimonios civiles ni que tengan la menor analogía con el moderno matrimonio civil, ya que eran admitidos por la Iglesia y surtían efectos canónicos (27). Sin embargo, la legislación civil mostró bien pronto una orientación contraria a los matrimonios privados y clandestinos: Así, el Fuero Real

establece y manda que los casamientos se hagan con aquellas palabras que manda la Santa Iglesia, estableciendo fuertes sanciones pecuniarias a quines hicieren casamiento "a furto" (28); la Partidas hacen una regulación minuciosa de esta institución: la ley 1ª del título III Partida IV define las distintas maneras en que se hacen los casamientos encubiertos y señala como razón por que la Iglesia define que los casamientos no fuesen hechos encubiertamente porque si el marido o la mujer no quisiere vivir con otro, aunque el casamiento fuese verdadero, no podría la Iglesia apremiar a aquel que se quisiera separar del otro y ello porque el casamiento no se podría probar (29), por cuya razón la ley 2ª -"que el Matrimonio que fazen manifiestamente, embarga el que es fecho encubierto"- del título III Partida IV dispone que el matrimonio que se hace manifiestamente embarga al que se ha hecho encubierto (30), estableciendo la ley 3ª -"que pena deuen auer aquellos que se desposaren, o casaren a furto"- del título III Partida IV la pena que debenhaver aquellos que se casaren a furto o encubiertamente que es que los hijos que tuvieran no serían legítimos si hubiere entre ellos algún impedimento (31), y la ley 4ª -"que pena deuen auer los Clerigos, que fazen, o non defienden los Casamientos, que se non fagan, si saben embargo alguno, O lo an oydo a aquellos que se quieren casar"- del título III Partida IV la pena que deben haber los Clérigos que hagan los casamientos cuando saben que existe entre los que se quieren casar algún impedimento (32), y, por fin, la ley 5ª -"que pena estableció el Rey, contra aquellos que casan con algunas mugeres a furto, sin sabiduría de los parientes dellas"- del título III Partida IV sanciona con graves penas a aquellos que casan a furto o escondidamente sin sabiduría del padre, madre o parientes más cercanos de aquella con quien de este modo se casare (33); la Ley 49 de Toro sanciona, a su vez, con penas como la de destierro, confiscación de todos los bienes y la de incurrir en causa de desheredación a los que contrajeron matrimonio que la iglesia tuviere por clandestino y a los que intervinieren en el mismo (34).

En definitiva, podemos concluir señalando cómo hasta

la publicación de los cánones del Concilio de Trento como ley de España rige en nuestra legislación respecto a la forma que ha de revestir la celebración del matrimonio para que éste obtenga su eficacia jurídica un sistema mixto que se caracteriza por la coexistencia del matrimonio solemne o de bendición con el denominado "a yuras" o clandestino, sin que ello quiera decir que no se conocieran otras formas cuasi-matrimoniales, tales como la barraganía o el contrato de compañía.

---

(12) Cfr. Castán: "Derecho Civil Español, Común y Foral", t.V, v.I, 9ª ed., M. 1.976. p. 116ss.

(13) "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio". En las instituciones de Justiniano, la definición del matrimonio ya no hace alusión a la "communicatio divini et humani" entre los esposos: "Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum, consuetudinem vitae continens". Cfr. sobre ambas definiciones del matrimonio romano en Eugene Petit: "Tratado elemental de Derecho Romano", M. 1926, p. 112 ss.; y Juan Iglesias: "Derecho Romano", 6ª ed., B. 1972, p. 549 ss.

(14) En el derecho antiguo estaban privados del "connubium", por no disfrutar de la ciudadanía romana, los esclavos, los latinos -salvo los "latini veteres"-, y los peregrinos, excepto concesiones especiales -la incapacidad de los peregrinos para gozar del "connubium" desapareció con la "Constitutio Antoniniana" del 212 de Cristo-. Igualmente, desde el origen de Roma, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos; la Ley de las XII Tablas sancionó esta interdicción, que fué alzada por la ley Canuleia en el año 308. Después estuvo también prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos, pero bajo Augusto las leyes Julia y Papia Popaea permitieron estas uniones, aunque prohibieron el matrimonio entre los senadores y sus hijos y los libertos y las personas que ejercían alguna profesión deshonrosa. Cfr. al respecto, Petit, ob. cit., p. 115 ss. y Juan Iglesias, ob. cit. p. 550 ss.

(15) Cfr. sobre las condiciones necesarias para que las *justae nuptiae* fuesen válidas, Eugene Petit, ob. cit., p. 113 ss. y Juan Iglesias, ob. cit., p. 550 ss.

(16) Sobre las características del matrimonio Romano, cfr. Eugene Petit, ob. cit., p. 116 ss. y Juan Iglesias, ob. cit., p. 547 ss.

(17) Cfr. al respecto Eugene Petit, ob. cit., p. 133 ss. y Juan Iglesias, ob. cit., p. 549ss.

(18) Acerca de esta institución, cfr. Eugene Petit, ob. cit., p. 120 ss. y Juan Iglesias, ob. cit., p. 563 ss.

(19) Cfr. Hergenroether: "Historia de la Iglesia", I, M. 1883, p. 444 ss.

(20) Cfr. Hergenroether, ob. cit., IV, M. 1887, p. 236 ss.

(21) Cfr. Hergenroether, ob. cit., IV, M. 1887, p. 236 ss.

El Padre Enrique Florez, en su obra "Discurso de la Historia", destaca escuetamente como características del pontificado de San Evaristo -99-107-: "que el matrimonio se contrajese en público".

(22) Cfr. Decreto de Graciano, 2ª parte, causa 30, cuestión 5ª, cap. VIII y Concilio IV de Letrán, cap. 51, celebrado en tiempo de Inocencio III el año 1216, que manda que en adelante antes de celebrar el matrimonio se hagan por el cura propio de los contrayentes las proclamas o amonestaciones.

(23) Junto a la influencia de la legislación romana y canónica, no cabe olvidar la influencia en nuestra patria del Derecho islámico: Como señala Castán -ob. cit., p. 123-, el ejemplo

de las uniones árabes, que se celebraban sin intervención de ninguna autoridad, y la necesidad de fomentar el crecimiento de la población, contribuyeron seguramente a generalizar esta forma clandestina del matrimonio, lo cual, si no dejaba de presentar grandes ventajas, llevaba consigo igualmente muchos inconvenientes, al decir de Colin y Capitant -Curso, 3ª ed. esp., t.I, p. 296, cit. en Castán, ob. cit., p. 117-.

(24) Cfr. Riaza y García Gallo: "Manual de Historia del Derecho Español" M. 1935, p. 687 ss.

(25) Cfr. Riaza y García Gallo, ob. cit., p. 691 ss.

El Fuero Juzgo, libro III -"de los casamientos é de las nascencias"-, título I -"del ordenamiento de las bodas"-, ley II -"si la ninna casa contra la voluntad del padre con otro, é non con aquel con quien es desposada: "Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre, é non con aquel a quien la prometió su padre, aquesto non lo sofrimo por nenguna manera que ella lo pueda fazer. Onde se la manceba contra la voluntad del padre quisiere casar, que ella cobdicia por ventura, y él la osar tomar por mugier, ámbos sean metidos en poder daquel con que la desposaran de la voluntad de su padre. É si los hermanos, é la madre, é los otros parientes, della consistieren que ella sea dada á aquel que ella cobdiciara contra la voluntad de su padre, y esto cumplieren, aquellos que los fizieren pechen una libra doro á quien el rey mandare. É todavía la voluntad daquellos non sea firme, é ámbos sean dados, assí cuemo es dicho de suso, con todas sus cosas en poder de aquel que la avie ante desposada. Y esta ley mandamos guardar otrosí, si el padre de la manceba fiziere el casamiento, é pleyteare las arras, é después se passare el padre ante quel fiziesse las bodas, la manceba sea rendida á aquel que la prometiera el padre é la madre" -L.2. tít. 7. lib.4, F.R.; L. 3, tít. 20. p. 7.; L. 81 de Toro; LL. 2 y 4, tít. 28, lib. 12 M.R.-. La Ley VIII -"títol que el padre muerto, el casamiento de los fijos é de las fijas finque en poder de la madre"- del mismo título I del libro III manda que, si el padre es muerto, puede la madre casar los hijos y las hijas, y si la madre es muerta o casada con otro marido, los hermanos deben casar la hermana si es de edad cumplida y, en otro caso, el tío la debe casar; y la ley IX- "si los hermanos tardan el casamiento de la hermana, o si ella se case por sí sin consejo de los hermanos"- del mismo título I del libro III se autoriza a la hija huérfana para que contrate y lleve a cabo su matrimonio cuando sus hermanos descuidan casarla, sin perder por eso de la herencia del padre común. El título II -"De la vodas que no son fechas lealesiendre"- del libro III consigna en la ley VIII -"Si la mugier libre casa sin voluntad del padre"- como matrimonio prohibido por las costumbres y las leyes visigodas el de la mujer libre que casa con hombre libre contra la voluntad de su padre o madre: "Si la mugier libre quiere casar con onne libre, el marido della deve fablar primeramente con su padre: é si pudiere aver con mugier, dé las arras al padre assí cuemo es derecho. É si la non pudiere aver, finque la mugier en poder del padre. É si ella casar sin voluntad del padre o de la madre, y ellos non la quisieren recibir de gracia, ella nin sus fijos non deven heredar en la buena de los padres, porque se casó sin voluntad dellos. Mas sil quisieren dar los padres alguna cosa, bien lo pueden fazer, é daquello puede ella fazer su voluntad". (El Fuero Juzgo, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", I, M. 1847, p. 123 ss).

(26) Sánchez Román cita a esos matrimonios "a yuras" o clandestinos como antecedentes del matrimonio civil en España: Cfr. su obra: "Estudios de Derecho Civil", 2ª ed., t. 5, v.I., p. 429 ss.

(27) Contrario a la tesis de Sánchez Román, Castán, ob. cit., p. 122 ss.

Para García Gallo, hoy se pretende explicar esta institución como una consecuencia de las garantías con que se acompañan los esponsales (promesa jurada: Así, Fuero Real, libro III, título I -"de los casamientos"-, ley X -"como el matrimonio de futuro se desfaze por el matrimonio de presente"-: "Si algunos prometieren por palabra, ó por jura, que casarán uno con otro, sean tenudos de lo cumplir; pero si ante que hayan de ver uno con otro, alguno dellos se otorgare con otro, en tal guisa que sea casamiento, este vala, é no el primero" -concorda con esta ley, la ley 8, 9 y 12 del título I Partida IV, que ponen este caso y otros por los que se desatan los desposorios-). Cfr. Riaza y García Gallo, ob. cit., p. 692 ss., y Fuero Real de España, contenido en la obra citada "Los Códigos Españoles", I, p. 377.

(28) Fuero Real, libro III, título I -"de los casamientos"-, ley I: "Establecemos, é mandamos, que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda la Santa Iglesia, é los que casaren sean tales, que puedan casar sin pecado: é todo casamiento se faga concejaramente, é no á furto: de guisa, que si fuere menester que se pueda aprobar por muchos: é quien á furto ficiere casamiento, peche cient maravedis al Rey: é si los no hubiere, todo lo que hubiere sea del Rey, é por lo que fincare sea el cuerpo á merced del Rey". Cfr. Fuero Real, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", cit., I, p. 376.

(29) Partida IV, título III, ley 19: "Ascondidos son llamados los casamientos en tres maneras. La primera es, quando los fazen encubiertamente, e sin testigos, de guisa que se non puedan prouar. La segunda es, quando los fazen ante algunos, mas non demandan la naouia a su padre, o a su madre, o a los otros parientes que la han en guarda; nin le dan sus arras ante ellos, ni les fazen las otras onrras que manda Santa Iglesia. La tercera es, quando no lo fazen saber concejaramente en aquella Iglesia onde perrochanos. Ca para non ser el casamiento fecho encubiertamente, ha menester que ante que los desposen, diga el Clerigo en la Iglesia, ante todos los que estouieren, como tal ome quier casar con tal muger, nonbrandolos por sus nombres, e que amonesta a todos quantos y estan, que si saben, si ay algun embargo entrellos, por que non deuen casar en vno, que lo diga algún dña, e que lo nombre señaladamente. E avn con todo esto los Clerigos deuense trabajar entre tanto, de saber quanto pudieren, si ha algun embargo entrellos: e si fallaren algunas señales de embargo, deuen vedar que non casen, fasta que sepan, si es tal cosa, que se pueda porende embargar el casamiento o non. E la razón porque es defendido de Santa Iglesia, que los casamientos non fuesen fechos encubiertamente, es esta: porque si desacuerdo viniessse entre el marido, e la muger, de manera que non quisiesse alguno dellos beuir con el otro, wagner el casamieto fuesse verdadero, segund que es sobredicho, non podría por esso la Iglesia apremiar aquel que se quisiesse departir del otro. E esto es, porquel casamiento no se podría prouar. Ca la Iglesia non puede judgar las cosas encubiertas: mas segund que razonaren las partes, e fuer prouado".: Código de las Siete Partidas, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", cit., II, M. 1848, p. 423.

(30) Partida IV, título III, ley 20: "Leuantandose desacuerdo entre el marido, e la muger, que fuesen casados escondidamente, si aquel que se partiese del otro casasse despues con otro, o con otra a paladinaz, judgaría Santa Iglesia, que valiesse el segundo casamiento, e non el primero. Como quier que el primero sea verdadero, e vala quanto a Dios, e aquellos quel fizieron. E esto sería, por la razón que es dicha en la fin de la ley ante desta. Otrosí, confessando, e conociendo manifestamente, que eran marido e muger, algunos de los diximos que auian casado en escondido; vale su confession, o su conoscencia: e deuenlos tener porende por marido, e muger. Fuera de ende, si despues desto apareciesse alguno, o alguna, que dixesse que era casado, o casada con alguno dellos primero; e lo prouasse segund manda Santa Iglesia. Ca entonces la conoscencia non embargaría el casamiento que assi fuesse prouado. E como quier que tal conoscencia vala, para durar el casamiento, segund que es sobredicho; si algunos fiziesse otra conoscencia para se departir como si dixessen que eran parientes, o cuñados, o otra cosa semejante; non valdría, a menos de lo prouar, o a menos de ser tal fama en la mayor parte de la vezindad, que assi era como ellos conocieran. Pero si alguno destos casados confesasse que fiziera adulterio, en tal razon sería creyda la conoscencia. E esto es, porque por tal conoscencia non se desfaze el matrimonio del todo, salvo en quanto a non se ayuntar carnalmente".: Código de las Siete Partidas, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", cit., II, p. 423-424.

(31) Partida IV, título III, ley 31: "Encubiertamente casandose algunos, si embargo ouiesse entre si, como de parentesco, o de otra manera qualquier, por que non pudiesen ser marido, e muger, aurian esta pena: que los fijos que fiziesse de so vno, non serian legitimos, nin se podrían acusar, por dezir que su padre, nin su madre, non sabian aquel embargo, quando casaron. E esto es, porque casandose encubierto, semeja que sabian que alguno embargo auia entrellos, porque lo non deuián fazer; o a lo mejor, que lo non quisieron saber. Otrosí, casandose algunos concejaramente, sabiendo ellos mesmos que auian entre si tal embargo, por que non lo deuián fazer, los fijos que ouiesse non serian legitimos: mas si el vno dellos lo supiesse,

e non ambos, en tal manera serian los fijos legitimos. Ca el non saber del vno, les escusa que les non puedan dezir que non son fijos de derecho": Código de las Siete Partidas, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", cit II, p. 424.

(32) Partida IV, título III, ley 48: "Despreciando algun Clerigo parroquial, o otro qualquier, de defender que non cassassen algunos, de que ouiessem oydo que auian tal embargo entre sí, por que non lo deuián fazer; si non lo defendiessen, o los cassassen encubiertamente, o ante muchos, o si estuuiessem do los cassassen; deue ser vedado del Perlado de aquel lugar do acaeciere, por tres años, que non vse del officio de la Orden quel ouiere. E avn demas desto, puedel poner mayor pena, si entendiere que la merece: e non tan solamente deuen auer la pena, si sobre dicha los Clerigos que son de suso nombrados, mas cualquier Clerigo Religioso, que contra esto fiziesse. E aquellos que se casassen encubiertamente contra defendimiento de la Santa Iglesia, maguer non ouiesse y embargo ninguno que gelo vedasse, deuenles poner penitencia, segund touiere por bien su Perlado. E si alguno quisiere embargar maliciosamente a algunos, que non casassen, diziendo contra ellos algund embargo que non pudiesse prouar, deue auer pena segund touiere por bien su Juez": Código de las Siete Partidas, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", cit., II, p. 425.

(33) Partida IV, título III, ley 58: "El casamiento es tan santa cosa, e tan buena, que siempre deue del nacer bien, e amor, entre los omes, e non mal, nin enemistad. E porque del casamiento nasciesse bien, e amor, e non al contrario, touo por bien Santa Iglesia, que fuesse fecho paladinamente, e non en escondido. Ca sabida cosa es, que los omes que fazen los casamientos a furto, sin sabiduria de los padres de aquellos con quien casan, mala entencion les mueue a fazerlo: e todas las mas vegadas se sigue ende mas mal, que bien. Ca a las vegadas nazen de tales casamientos muy grandes enemistades, e muertes de omes, e muy grandes feridas, muy grandes despensas, e daños: porque los parientes dellos se tienen por desonrrados, porque por su liuidad casan con tales omes que las non merecian auer por mugeres: e avn despues que son casados con ellas, destruyenles quanto que han, e desamparenlas; assi que tales y ha dellas, que con la pobreza han de ser malas mugeres. E avn nasce ende otro mal, ca muchos caen en perjuicio: porque en tales cosas son aduchos muchas vegadas falsos testigos, e testimonios. Onde, Nos, porque auemos voluntad, que lo que Santa Iglesia manda, que sea guardado; otrosí, por desuiar todos estos males, e otros muchos que podrian nacer ende; defendemos, que ninguno non sea osado de casar a furto, nin ascondidamente. Mas a paladinamente, e con sabiduria del padre, e de la madre de aquella, con quien quiere casar, si los ouiere; si non, de los otros parientes mas cercanos. E si alguno contra esto fiziere, mandamos, que sea metido en poder de los parientes mas cercanos de aquella con quien assi casare, con todo lo que ouiere. Pero defendemos, que non lo maten, nin lisien, ni le fagan otro mal; fueras ende, que se siruan del mientras biuiere. Ca guisada cosa es, pues que tal desonrra fizo ella, e sus parientes que reciba por ende esta pena, porque siempre finge desonrrado. E si auer non lo pudieren, mandamos que le tomen todo cuanto ouiere, e apoderen dello a los parientes della": Código de las Siete Partidas, contenido en la obra "Los Códigos Españoles", cit., II, p. 425.

(34) Ley 49 de Toro: "Mandamos que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho el y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados a nuestra Camara, y sean desterrados destos nuestros reynos, en los quales no entren sopena de muerte; y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar si quisieren a sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren; lo qual otro ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre, muerto el padre": Rafael Gilbert: "Textos Jurídicos Españoles", 2ª ed., M. 1973, p. 86 (Esta ley 49 de Toro se recoge en el libro X, título II, ley 5ª de la Novísima Recopilación de las Leyes de España: Cfr. Novísima Recopilación, contenida en la obra "Los Códigos Españoles", cit., IX, M. 1850, p. 313).



2.2. Consagración en Trento de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio y polémica sobre los matrimonios clandestinos. Publicación de los cánones del Concilio de Trento como ley de España por Real Cédula de Felipe II de 12 de Julio de 1564.

2.2.1. El Decreto dogmático sobre el sacramento del Matrimonio, aprobado en la sesión XXIV, que es la VIII celebrada en tiempo del Sumo Pontífice Pío IV, el 11 de Noviembre de 1563 (35), recogiendo la enseñanza de Jesús y la tradición de la Iglesia universal aprobada desde los tiempos Apostólicos confirma esta institución según su primitivo estado con sus dos prerrogativas de unidad e indisolubilidad y su elevación por Cristo a la dignidad de sacramento: frente al criterio de las Iglesias cristianas orientales separadas que en base a la reserva contenida en los dos textos de San Mateo disolvían el vínculo conyugal por causa de adulterio, el canon VII del Decreto dogmático sobre el Sacramento del Matrimonio decreta los anatemas siguientes contra aquellos que defiendan asertos contrarios a los que sienta la doctrina católica: "Si alguno digiere, que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, según la doctrina del Evangelio y de los apóstoles, que no se puede disolver el vínculo del Matrimonio por el adulterio de uno de los dos consortes; y cuando enseña que ninguno de los dos, ni aún el inocente que no dió motivo al adulterio, puede contraer otro Matrimonio viviendo el otro consorte; y que cae en fornicación el que se casare con otra dejada la primera por adúltera, o la que, dejando al adúltero, se casare con otro; sea excomulgado" (36).

La polémica de los matrimonios clandestinos se planteó vivamente entre los padres que acudieron al Concilio de Trento: cuatro distintas opiniones se manifestaron acerca de esta cuestión el día antes a la celebración de la sesión XXIV: Según la primera, la Iglesia no tiene facultad para disolver los matrimonios clandestinos; una segunda opinión atribuía este poder a la Iglesia, y consideraba la conveniencia de que se hiciera uso de esa potestad en aquel momento; la tercera admitía el

poder de la Iglesia, mas no creía oportuno que se hiciera en dicho momento uso de tal potestad; una última opinión creía que no debía publicarse ningún decreto sobre esto (37). El argumento de los adversarios del decreto que había de aprobarse en la sesión XXIV del Concilio era que la Iglesia no puede cambiar la materia de los Sacramentos y que, si en quince siglos no había encontrado motivo para invalidar tales matrimonios, no se veía ahora causa mayor de realizarlo; a lo que contestaban los fautores del decreto que no se trataba de mutación de la materia sacramental, sino una "condición" que la Iglesia pone al prescribir la forma de su celebración ante el párroco y dos testigos, y que impide, para el futuro, que sea contrato y Sacramento lo que, sin establecerla, lo fuera sin duda, añadiendo en cuanto a la segunda objeción de los adversarios del decreto que por tal regla no se habían de dar nuevas leyes en los Concilios, por donde holgaban dichas reuniones ecuménicas (38). La polémica no era ni con mucho una cuestión bizantina, por cuanto los negadores no lo eran solo de la "quaestio facti", es decir, de la oportunidad o conveniencia de aquel decreto, pero reconociendo a la Iglesia potestad de invalidar aquellos matrimonios clandestinos cuando quisiera, sino que se negaba a la cuestión de hecho por muchos de los asistentes al Concilio porque precisamente no admitían el poder de la Iglesia en la "quaestio iuris", esto es, la potestad de la Iglesia de irritar tales matrimonios: La opinión que prevaleció fue la de admitir la potestad de la Iglesia de anular tales matrimonios clandestinos, inclinándose los mas a favor de la conveniencia de que se hiciera uso de esa potestad en aquel momento (39), y así en la sesión XXIV del Concilio se aprobó el decreto de reforma sobre el Matrimonio, en cuyo capítulo I -"Tametsi"- (40) se prescribe la forma de celebración del Matrimonio ante el párroco y dos testigos, declarando nulo todo contrato de esta clase celebrado después de promulgado el decreto sin las formalidades establecidas, quedando suprimidos así los matrimonios clandestinos (41).

---

(35) Decreto dogmático sobre el sacramento del Matrimonio, contenido en la obra "El Sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento", traducido al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala, *Pá*

ría 1853, p. 300 ss.: Cfr. Apéndice I de ésta Tesis Doctoral.

(36) El canon V del Decreto Dogmático sobre el Sacramento del Matrimonio decreta los siguientes anatemas: "Si alguno dijere, que se puede disolver el vínculo del Matrimonio por la herejía, o cohabitación molesta, o ausencia afectada del consorte; sea excomulgado".

No obstante, el canon VI del Decreto Dogmático sobre el sacramento del Matrimonio consagra la doctrina según la cual el Matrimonio rato no consumado puede dirimirse por los votos solemnes de religión de uno de los dos consortes: "Si alguno dijere, que el matrimonio rato, mas no consumado, no se dirime por los votos solemnes de religión de uno de los dos consortes; sea excomulgado".

(37) Cfr. Hergenroether, ob. cit., V, M. 1888, p. 391 ss.

(38) Monografía inédita de Juan González Díez sobre Pedro de Fuentidueña.

Como puede verse, la polémica que suscitaran los matrimonios clandestinos, y que concluyó con la aprobación del capítulo "Iametsi", está íntimamente unida a la doctrina establecida por el canon IV del decreto Dogmático sobre el Sacramento del Matrimonio: "Si alguno dijere, que la Iglesia no pudo establecer impedimentos dirimientes del matrimonio, o que erró en establecerlos; sea excomulgado", pues la irritación de tales matrimonios se hizo por la vía de establecer un nuevo impedimento dirimente: La necesidad de guardar la forma prescrita, siendo nulos los matrimonios que en adelante no se celebrasen siguiendo las formalidades exigidas.

(39) Cfr. Hegenroether, ob. cit., V, p. 391 ss.

(40) Cap. I del Decreto de reforma sobre el matrimonio "-Iametsi-", contenido en la obra "El Sacrosanto y Ecueménico Concilio de Trento", cit., p. 305 ss.: Cfr. Apéndice II de ésta Tesis Doctoral.

El capítulo "Iametsi" tras confirmar la doctrina conforme a la cual los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia Católica no los hizo írritos, señala las razones porqué los ha detestado y prohibido en todos tiempos, porque, como señalara ya el Rey Sabio exponiendo la razón "porque es defendido de Santa Iglesia que los casamientos no fuesen fechos encubiertamente" -ley 1ª, título III, partida IV-, no pudiendo la Iglesia probar el casamiento que es hecho encubiertamente, no puede salir al paso de los abusos y pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente los de aquellos que, mientras abandonada la primera mujer con quien de secreto contrajeron matrimonio, contraen con otra en público, y viven con ella en perpetuo adulterio, por cuyas razones, y advirtiendo el Concilio que ya no aprovechan aquellas prohibiciones por la inobediencia de los hombres, se manda la nueva forma de celebración del matrimonio, suprimiendo así los matrimonios clandestinos.

(41) La disciplina del capítulo "Iametsi" no excluía, sin embargo, los matrimonios llamados por sorpresa -aquellos que se celebraban expresando su consentimiento los contrayentes ante testigos aptos y un sacerdote con jurisdicción, pero no requerido para ello-, que subsistieron hasta la publicación en el Pontificado de Pío X del Decreto "Ne temere" (1907), excluidos igualmente por el Código de Derecho Canónico al exigir, en el número 32 del párrafo 1º del canon 1905 que el sacerdote "pida" y reciba el consentimiento de los contrayentes.

2.2.2. La publicación de los cánones del Concilio de Trento como ley de España por Real Cédula de Felipe II de 12 de Julio de 1564 puso el sello a la unificación del matrimonio civil y canónico, no reconociéndose por la legislación civil como unión matrimonial legítima más que la consagrada por la Iglesia (42): Este reconocimiento por el poder civil de la legislación matrimonial canónica hizo que no pudieran separarse los conceptos de "contrato" y "sacramento", pues siendo el matrimonio canónico sacramento, y reconociéndose como única unión matrimonial legítima la consagrada por la Iglesia, veníanse a confundir el matrimonio civil con el sacramento (43).

Esta unificación del matrimonio civil y canónico supuso, de conformidad con el canon XII del Decreto dogmático sobre el sacramento del Matrimonio -"Si alguno dijere, que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos; sea excomulgado"- (44), la entrega formal por el poder civil a los Tribunales eclesiásticos para que éstos conocieran de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios canónicos, únicos reconocidos en el orden civil (45).

El matrimonio se venía a regular conforme a la legislación canónica y a los Tribunales eclesiásticos se reservaba las decisiones de las cuestiones matrimoniales.

---

(42) Real Cédula de Felipe II de 12 de Julio de 1564 aceptando como ley del Estado los decretos del Concilio de Trento, contenida en la obra "El sacrosanto y ecuménico concilio de Trento", cit., p. 494 ss.: Cfr. Apéndice III de esta Tesis Doctoral. -Esta Real Cédula de Felipe II es recogida por la ley 13, título I, libro I de la Novísima Recopilación de las Leyes de España: Cfr. Novísima Recopilación de las Leyes de España, impresa en Madrid, año 1805, p. 5-6.

(43) El devenir histórico de la institución matrimonial iba a caracterizarse por el intento de deslindar ambos conceptos.

(44) Decreto dogmático sobre el sacramento del Matrimonio, contenido en la obra "El sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento", cit.: Cfr. Apéndice I de esta Tesis Doctoral.

(45) El artículo segundo del Decreto de unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868 -M<sup>a</sup> Gr. y Just., Gaceta 7- disponía:

"Los Tribunales eclesiásticos continuarán conociendo de las causas sacramentales, beneficios, y de los delitos eclesiásticos con arreglo a lo que disponen los sagrados Cánones. También será de su competencia el conocer de las causas de divorcio y nulidad del matrimonio, según lo prevenido en el Santo Concilio de Trento; pero las incidencias respecto del depósito de la mujer casada, alimentos, litis-expensas y demás asuntos temporales, corresponderán al conocimiento de la jurisdicción ordinaria".

2.3. Errores sobre el matrimonio cristiano anotados en el "Syllabus" ya notados en las Alocuciones consistoriales y otras Letras Apostólicas de S.S. el Papa Pío IX. Ley provisional del Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870.

2.3.1. El apartado VIII del "Syllabus" (46) de S.S. el Papa Pío IX de 8 de diciembre de 1864 trata de los principales "errores sobre el matrimonio cristiano" (47), citándose entre éstos:

a) "El vínculo del matrimonio no es indisoluble por derecho natural, y en varios casos puede sancionarse por la autoridad civil el divorcio propiamente dicho" (48).

b) "Las causas matrimoniales y los esponsales por su naturaleza permanente al fuero civil" (49).

Estos errores sobre el matrimonio cristiano recogidos en el "Syllabus" fueron ya notados en las Alocuciones consistoriales y otras Letras Apostólicas de Pío IX "Ad Apostolicae" de 22 de Agosto de 1851 y en la Alocución consistorial de Pío IX "Acerbissimum" de 27 de Septiembre de 1852:

2.3.1.1. En las Letras Apostólicas de S.S. el Papa Pío IX "Ad Apostolicae" de 22 de Agosto de 1851 (50) se condenan y prohíben una obra cuyo título es: "Juris Ecclesiastici Institutiones Joannis Nepomuneci Nuytz in Regio Taurinensi Atheneaeo Professoris", y otra, del mismo autor, titulada: "In Jus Ecclesiasticum universum Tractationes", en cuyos libros su autor en sus depravadas proposiciones y comentarios a las mismas no se avergüenza en sostener todo cuanto ya ha sido reprobado y condenado por los Romanos Pontífices y por los decretos de tantos Concilios, en particular por el Lateranense IV, por el Florentino y el Tridentino:

En lo tocante al matrimonio, en los libros dados a luz por dicho autor, entre otros muchos errores, se asegura:

que el vínculo del matrimonio no es indispensable por derecho natural: que las causas matrimoniales y los esponsales por su naturaleza pertenecen al fuero civil (51).

Con ello, el autor se encamina con esta doctrina y sentencias a trastornar la constitución y regímenes de la Iglesia y acabar de todo punto con la fé católica, pues para que los extraviados no puedan volver al camino de la justicia, sienta y enseña falsedades relativas a la naturaleza y vínculo del matrimonio; asegura con horrenda maldad que de tal manera la misma Iglesia está sujeta al poder civil, que directa o indirectamente atribuye a este poder todo lo que por institución divina o por la sanción de los cánones pertenece al régimen de la Iglesia, de las personas y cosas sagradas, a la jurisdicción eclesiástica, y por lo tanto, renueva el impío sistema de los protestantes, que reduce la sociedad de los fieles al imperio del gobierno civil (52)

Por lo tanto, solícito por la integridad de la fe católica en virtud de oficio de nuestro ministerio apostólico, a fin de que todos los fieles eviten, la perversa doctrina del autor, y estén constantemente adheridos a la fe de los Padres por medio de esta Sede Apostólica, columna y firmamento de la verdad, reprobamos y condenamos los sobredichos libros por contener proposiciones y doctrinas respectivamente falsas, temerarias, escandalosas, efróneas, injuriosas a la Santa Sede, derogadoras de los derechos de la misma, destructoras del régimen y constitución divina de la Iglesia, cismáticas, heréticas, favorables al protestantismo y a su propagación, y que conducen a la herejía, así como destructoras de los Cánones del Concilio de Trento; y queremos y mandamos que por todos sean tenidas por reprobadas y condenadas (53).

2.3.1.2. En la Alocución de S.S. el Papa Pío IX "Acerbissimum", pronunciada en el Consistorio secreto el día 27 de Septiembre de 1852 (54) se comunica el amarguísimo dolor a causa de los grandísimos y nunca bastantemente deplorados males que

de muchos años a esta parte de un modo desgarrador afligen y destrozan la Iglesia Católica, en la República de Nueva Granada, tanto más cuanto han sido inútiles todos los cuidados empleados respecto de aquel Gobierno, a fin de que desaparecieran tantos daños causados a la religión católica, y fueran anuladas las nefandas e injustísimas leyes hechas y sancionadas por la potestad civil con grandísimo detrimento de los fieles, contra la institución divina de la Iglesia y sus venerandos derechos y libertad, contra la potestad suprema de la silla apostólica, contra los Prelados sagrados y personas eclesiásticas:

Entre las leyes sancionadas por ambas Cámaras de la República de Nueva Granada se promulgó una en el mes de Mayo de 1851, por la cual es enteramente abolido el fuero eclesiástico y se declara que todas las causas pertenecientes a este fuero y aun las que conciernen al Arzobispo o a los Obispos, sean civiles, sean criminales, han de ser juzgadas en adelante ante los tribunales legos, por los magistrados de aquella República (55). Y ello sin hacer mención de las otras nuevas leyes propuestas por la Cámara de los diputados, de todo punto contrarias a la irreformable doctrina de la Iglesia, y a sus santísimos derechos, y en tal concepto, aquel decreto por el cual, desconociendo de todo punto la dignidad y santidad del Sacramento del Matrimonio, ignorando absolutamente y confundiendo su institución y naturaleza, y con entero desprecio de la potestad de la Iglesia respecto del mismo Sacramento, se proponía, en conformidad con los errores ya condenados de los herejes, y contra la doctrina de la Iglesia católica, que el matrimonio se tuviera tan sólo como un contrato civil, "y que en algunos casos se sancionara el divorcio propiamente dicho"; "que todas las causas matrimoniales fueran llevadas a los tribunales legos y por ellos fueran juzgadas"; no ignorando ningún católico, ni siendo dado ignorar que el matrimonio es verdadera y propiamente uno de los siete Sacramentos de la ley evangélica instituidos por nuestro Señor Jesucristo, y de consiguiente que no puede darse entre los fieles el matrimonio sin que al mismo tiempo sea un Sacramento, y por lo tanto, que entre los cristianos cualquier otra unión del

varón y de la mujer que no sea el Sacramento, aunque se haga en virtud de la ley civil, no es otra cosa que un vergonzoso y criminal concubinato condenado en alto grado por la Iglesia; "y en su consecuencia jamás puede separarse de la alianza conyugal, y que de todo punto corresponde a la Iglesia determinar todo lo que de algún modo puede pertenecer al mismo matrimonio" (56).

En tal concepto, para que sepan los fieles que allí viven, y el universo entero conozca con cuánta energía reprobamos todas aquellas cosas que los gobernantes de aquella República han hecho contra la Religión, la Iglesia y sus leyes, Pastores, ministros, y contra los derechos y autoridad de ésta Cátedra del Bienaventurado Pedro, levantando nuestra voz pastoral con apostólica libertad ante esta augusta asamblea, reprobamos, condenamos y declaramos de todo punto nulas y de ningún valor todas aquellas cosas que allí han sido sancionadas por la potestad civil con tanto menosprecio de la potestad de la Iglesia y de la Santa Sede. Además, enérgicamente amonestamos a todos aquellos por cuya cooperación y mandato aquellos decretos han sido publicados, que seriamente consideren las penas y censuras establecidas por las Constituciones Apostólicas y los Sagrados Cánones de los Concilios, contra los violadores y profanadores de la potestad y libertad eclesiásticas, y contra los usurpadores de los derechos de la Iglesia y de esta Silla Apostólica (57).

(46) Índice "Syllabus" de los principales errores de nuestro siglo, contenido en la obra: "Colección de las Alocuciones consistoriales, Encíclicas y demás Letras Apostólicas citadas en la Encíclica y el Syllabus de 8 de Diciembre de 1864", Imprenta de Tejada, Madrid 1865, (La Encíclica a que se hace referencia es la de S.S. el Papa Pío IX "Quanta cura" de 8 de Diciembre de 1864).

(47) Apartado VIII del "Syllabus": Cfr. el "Syllabus" en ob. cit., p. 45-49.

(48) Cfr. el "Syllabus", párrafo LXVII, en ob. cit., p. 47.

(49) Cfr. el "Syllabus", párrafo LXXIV, en ob. cit., p. 49.

(50) Let. Apost. Ad. Apostolicae, 22 de Agosto de 1851: Cfr. ob. cit., en Nota 46, p. 404-414.

(51) "... En lo tocante al matrimonio, hay también muchos errores: Que no se puede en ninguna manera sufrir se diga que Cristo haya elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXV, en ob. cit., en Nota 46, p. 46): que el sacramento del matrimonio no es sino una cosa accesoria al contrato y separable de éste, y el mismo sacramento consiste en la sola bendición nupcial (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXVI, en ob. cit., en Nota 46, p.



47): que el vínculo del matrimonio no es indisoluble por derecho natural (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXVII, en ob. cit., en Nota 46, p. 47): que la Iglesia no tiene potestad de introducir impedimentos dirimientes del matrimonio, sino que a la autoridad civil compete esta facultad, por la cual deben ser quitados los impedimentos existentes (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXVIII, en ob. cit., en Nota 46, p. 47): que las causas matrimoniales y los esponsales por su naturaleza pertenecen al fuero civil (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXXIV, en ob. cit., en Nota 46, p. 49): que la Iglesia comenzó en los siglos posteriores a introducir los impedimentos dirimientes, no por derecho propio, sino usando el que había recibido de la potestad civil (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXIX, en ob. cit., en Nota 46, p. 47): que los cánones tridentinos en que se impone excomunión a los que se atreven a negar a la Iglesia la facultad de establecer los impedimentos dirimientes, o no son dogmáticos o han de entenderse de esta potestad recibida (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXX, en ob. cit., en Nota 46, p. 48). Añade: Que la forma del Concilio Tridentino no obliga bajo pena de nulidad en aquellos lugares donde la ley civil prescriba otra forma y quiera que sea válido el matrimonio celebrado en esta nueva forma (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXXI, en ob. cit., en Nota 46, p. 48): que Bonifacio VIII fué el primero que aseguró que el voto de castidad emitido en la ordenación hace nulo el matrimonio (Cfr. el "Syllabus", párrafo LXXII, en ob. cit., en Nota 46, p. 48): Let. Apost. Ad Apostolicas, 22 de Agosto de 1851, en ob. cit., en Nota 46, p. 408-409.

(52) "... Por lo cual, es cosa averiguada que el autor se encamina con esta doctrina y sentencias, a trastornar la constitución y régimen de la Iglesia y acabar de todo punto con la fe católica, pues para que los extraviados no puedan volver al camino de la justicia, priva a la Iglesia del fuero externo y del poder coercitivo; sienta y enseña falsedades relativamente a la naturaleza y vínculos del matrimonio; niega a la Iglesia el derecho de establecer o relajar los impedimentos dirimientes y se le atribuye a la potestad civil; finalmente, asegura con horrenda maldad que de tal manera la misma Iglesia está sujeta al poder civil, que directa o indirectamente atribuye a este poder todo lo que por institución divina o por la sanción de los cánones pertenece al régimen de la Iglesia, de las personas y cosas sagradas, a la jurisdicción eclesiástica, y por lo tanto renueva el ímpio sistema de los protestantes que reduce la sociedad de los fieles al imperio del gobierno civil": Let. Apost. Ad Apostolicas, 22 de Agosto de 1851, en ob. cit., en Nota 46, p. 409-410.

(53) "... Así pues, oído el parecer de los maestros de las facultades de Teología y Cánones sagrados, y los sufragios de nuestros Venerables Hermanos los Cardenales de la Santa Iglesia Romana, de la Congregación de la suprema y universal Institución, de "motu proprio", a ciencia cierta, con nuestra madura deliberación, y en virtud de la plenitud de la potestad apostólica, reprobamos y condenamos los sobredichos libros por contener proposiciones y doctrinas respectivamente falsas, temerarias, escandalosas, erróneas, injuriosas a la Santa Sede, derogadoras de los derechos de la misma, destructoras del régimen y constitución divina de la Iglesia, cismáticas, heréticas, favorables al protestantismo y a su propagación, y que conducen a la herejía y al sistema ya condenado en Lutero, Bayo, Marsilio de Padua, Janduno, Marco Antonio de Dominis, Richerio, Laborde, los Pistoyenses, y otros igualmente condenados por la Iglesia, así como destructoras de los Cánones del Concilio de Trento; y queremos y mandamos que por todos sean tenidas por reprobadas y condenadas. Ordenamos por consiguiente, que ninguno de los fieles, de cualquier grado o condición, siquiera sea digno de específica e individual mención, se atreva a tener en su poder o leer los mencionados libros, bajo pena de suspensión "a divinis" en cuanto a los clérigos, y de excomunión mayor incurrida "ipso facto" respecto a los legos, cuya absolución y relajación reservamos a Nos y a los Romanos Pontífices nuestros sucesores, excepto tan sólo en el artículo de la muerte por lo que hace a la excomunión. Mandamos también a los impresores y libreros y a todos y a cada uno de aquellos a cuyas manos llegaren dichos libros y tesis, cualquiera que sea su grado y condición, estén siempre obligados a entregarlos a los Ordinarios bajo las mismas penas respectivamente, esto es, de suspensión respecto de los clérigos, y de excomunión mayor en cuanto a los legos, como arriba dijimos. Y no sólo bajo las mismas penas arriba expresadas condenamos, reprobamos y prohibimos de todo punto que sean leídos, impresos y retenidos los mencionados libros y tesis; pero también cuales-

quiera otros libros y tesis ora manuscritos, ora impresos, o que por casualidad se escribieren, en los cuales, en todo o en parte se renueve dicha nefanda doctrina": Let. Apost. Ad Apostolicas, 22 de Agosto de 1851, en ob. cit., en Nota 46, p. 411-413.

(54) Alocución consistorial de Pío IX "Acerbissimum" de 27 de Septiembre de 1852: Cfr. ob. cit., en Nota 46, p. 440-458.

(55) Cfr. Alocución "Acerbissimum" en ob. cit. en Nota 46, p. 445.

(56) Cfr. Alocución "Acerbissimum" en ob. cit. en Nota 46, p. 453-454.

(57) Cfr. Alocución "Acerbissimum" en ob. cit. en Nota 46, p. 456-457.

2.3.2. Si, con ocasión de la reforma, se abría en el resto de Europa un nuevo periodo de derecho matrimonial de la Edad Media que vino a romper los lazos que hasta entonces habían unido a la Iglesia y al Estado, el matrimonio civil, traído por la Revolución francesa, significó la adopción del principio de secularización del matrimonio:

En España, consecuencia de la revolución de 1868 y de los principios por la misma proclamados que se plasman en la Nueva Constitución de la Monarquía Española de 5 de Julio de 1869 que establecía como uno de sus principios la libertad política de la conciencia (58), se dictó la ley provisional del Matrimonio Civil de 18 de Junio de 1870 (59) que vino a implantar en nuestra legislación el régimen de matrimonio civil obligatorio:

En el preámbulo de dicha Ley se alude al legítimo derecho del poder civil para vindicar para sí las atribuciones de que había hecho dejación en manos de la Iglesia en materia matrimonial, pues la sociedad civil, se dice, no ha podido desprenderse para siempre de su poder legislativo en materia de contratos ni en otra alguna profana (60): Reivindicada por el poder civil su potestad legislativa en materia matrimonial, y llegada la hora de separar su legislación de la canónica sobre materia tan importante, dos son los sistemas a adoptar en el desarrollo de aquella potestad al regular la institución matrimonial, el reconocer como legítimos los matrimonios que se celebren según los ritos de cualquiera Religión positiva que no viole las reglas universales de la moral y del derecho, sistema que se rechaza en cuanto viola el principio fundamental de igualdad ante la ley, o el de prescindir en el matrimonio de la sanción religiosa organizándolo como una institución civil, sistema que se inaugura en Europa con Napoleón I y recogido en definitiva por la Ley provisional del Matrimonio Civil (61), que en su artículo 2º prescribía: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta Ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes" (62).

Conforme a la Ley provisional del Matrimonio Civil, el matrimonio se había de celebrar ante el Juez municipal competente y dos testigos mayores de edad -artículo 28-, y los contrayentes podían celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil -artículo 34- (63).

Mas la aceptación por la Ley provisional del Matrimonio Civil del principio de secularización del matrimonio no supuso la ruptura del principio de indisolubilidad del matrimonio: "El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble" -artículo 1º-. El divorcio -capítulo VII de la Ley- no disolvía el matrimonio, sino tan solo suspendía la vida común de los cónyuges y sus efectos -artículo 83 de la Ley-, siendo la muerte de uno de los conyuges debidamente probada la única causa de disolución del matrimonio legítimo -artículo 90 de la Ley- (64).

En el orden jurisdiccional, la asunción por el poder civil de las atribuciones de que había hecho dejación para el Estado del poder judicial correspondiente para conocer exclusivamente de todas las cuestiones que suscite el matrimonio civil. Esta reivindicación por el poder civil de las funciones de soberanía relativas al orden jurisdiccional se hacen en la Ley a través de una disposición general que preceptúa:

"El conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diere margen la observancia de esta Ley, corresponderá a la jurisdicción civil, según la forma y el modo que se establezcan en las leyes de Enjuiciamiento Civil.

Las sentencias y providencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre todo lo que constituye el objeto de esta ley no producirá efectos civiles" (65).

No obstante, la disposición transitoria 1ª de la Ley deja en poder de los Tribunales Eclesiásticos el conocimiento de las demandas de nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad a la promulgación de la misma y de sus incidencias, reservadas hasta entonces a la jurisdicción eclesiástica, no así lo relativo a las causas de divorcio. Disponía

esta disposición transitoria 1ª de la Ley:

"Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los Jueces y los Tribunales civiles ordinarios no conocerán de las demandas de nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad a la promulgación de esta ley y de sus incidencias, cuyo conocimiento correspondió hasta ahora a la jurisdicción eclesiástica.

Las sentencias que dictaren sobre ellas los Tribunales eclesiásticos producirán efectos civiles" (66).

(58) Los preceptos de la Constitución de la Monarquía Española de 5 de Julio de 1869 establecían el principio de libertad de cultos: "La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior" -artículo 21-, y declaraban que la adquisición y ejercicio de los derechos civiles y políticos eran independientes de la religión que profesaran los españoles: "Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y su capacidad. La obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesan los españoles. El extranjero que no estuviese naturalizado no podrá ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción" -artículo 27-. (Constitución de la Monarquía Española de 5 de Julio de 1869, contenida en la obra de Enrique Tierno Galván: "Leyes Políticas Españolas Fundamentales" -1808-1938-, N. 1975, p. 120-136).

(59) "Leyes provisionales del matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", 2ª ed. of., N. 1870.

(60) "... En España, la fecunda y memorable revolución de 1868, al proclamar como uno de sus principios la libertad política de la conciencia, y las Cortes Constituyentes al consignar este precioso derecho en la Ley Fundamental del Estado, vinieron a destruir por su base la legislación matrimonial de los tres últimos siglos, que se apoyaba en el principio de que el sacramento había atraído así el contrato. Mas la disciplina eclesiástica en este punto no es ya la legislación temporal de todo el orbe cristiano, y la sociedad civil, que no ha podido desprenderse para siempre de su poder legislativo en materia de contratos ni en otra alguna profana, una vez llegada la necesidad de reconocer la separación del contrato del sacramento, no puede menos, si ha de consultar la conveniencia pública, de arreglar el matrimonio bajo el primer aspecto, que es el solo de su resorte y competencia": *Prólogo* a la Ley provisional del matrimonio civil, Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", ob. cit., p. 13-14.

(61) "... Empero, al separar el Estado su legislación de la canónica sobre materia tan importante, dos son los sistemas que pueden adoptarse. Consiste el primero, en reconocer como legítimos los matrimonios que se celebren según los ritos de cualquiera religión positiva que no viole las reglas universales de la moral y del derecho. Consiste el segundo en prescindir en el matrimonio de la sanción religiosa, organizándolo como una institución civil: sistema que se inauguró en Europa con Napoleón I. El primer sistema viola el principio fundamental de la Constitución de todo pueblo libre: la igualdad ante la ley.

El Estado, pues, si ha de respetar la libertad de conciencia y si no ha de salirse del campo en que su legítima acción puede desarrollarse, debe tener una legislación matrimonial completa, que haya de servir en el orden civil de tipo regulador a la fundamental institución del matrimonio": Preámbulo a la Ley provisional del Matrimonio Civil, Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", ob. cit., p. 14-15.

(62) Sobre el alcance de este artículo, el Preámbulo a la ley provisional del Matrimonio Civil expresaba:

"... No se declara la nulidad absoluta de los matrimonios celebrados con otra forma: la ley civil podrá negar al matrimonio exclusivamente canónico la protección que el Estado otorga a las uniones en que ha impreso el sello de su legitimidad. Podrá, en su consecuencia, no reconocer en los que lo celebren, ni en sus descendientes, los derechos meramente civiles que proceden del estado matrimonial, porque en la esfera civil ha de encerrarse necesariamente su acción. Pero no podrá privar en el orden espiritual del carácter de legitimidad al matrimonio religioso, ni mucho menos reducirlo al triste rango de las uniones que la moral condena, solamente porque no hayan observado los contrayentes sus preceptos. Esto equivaldría a legislar en nombre del Estado sobre materias religiosas. Este sería una tiranía tan odiosa como la que pretendiera ejercer la Iglesia determinando por su propia autoridad los efectos civiles del matrimonio celebrado según la ley canónica.

Y así como la Iglesia, a la vez que puede declarar la legitimidad canónica del matrimonio, y los efectos que de ella en el mismo orden proceden, no puede extender su acción al orden civil hasta el extremo de que el matrimonio canónicamente legítimo haya de serlo también civilmente, así también el Estado puede sin duda fijar las condiciones de legitimidad civil del matrimonio, y regular sus efectos en el mismo orden, reservándolos a los que se celebren conforme a sus prescripciones; pero no extender su acción al orden moral y religioso, en términos de anular en absoluto la unión matrimonial canónicamente celebrada.

El Estado tiene limitado su derecho a no reconocer como legítimos en el orden civil los matrimonios celebrados en contravención a sus disposiciones, y por lo tanto, a no conceder a uniones semejantes, cualquiera que sea su legitimidad religiosa, los efectos que la ley civil reserva a los que con arreglo a ella se contraigan; pero aquí termina el poder del Estado. Un punto más allá su acción, sería una injustificable invasión en un campo que no es el suyo": Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", ob. cit., p. 19-21 y 61.

(63) Al respecto, el Preámbulo de la Ley provisional del Matrimonio Civil insiste al determinar el alcance del artículo 34 de la Ley en las razones expuestas con anterioridad:

"... La libertad de conciencia así lo exige, porque otra cosa sería la tiránica invasión del Estado en el Orden espiritual y religioso. Y a su vez la Iglesia tiene un sagrado derecho a que no se cercene su acción en la esfera que le es propia, como se limitaría si la ley civil privase al ciudadano de la libertad necesaria para el cumplimiento de sus deberes religiosos": Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", ob. cit., p. 40-68.

(64) Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", ob. cit., p. 61, 77 y 78.

(65) El Preámbulo a la Ley provisional del Matrimonio Civil comentando el porqué de esta disposición general de la Ley decía:

"... Si del matrimonio eclesiástico y de todas las cuestiones que sobre él se susciten debe exclusivamente conocer la Iglesia, del matrimonio civil y de las cuestiones que dé causa debe a su vez conocer exclusivamente el Estado. Cada institución se regula por las leyes constitutivas del orden a que pertenece, y la observancia de estas leyes corre a cargo del poder que las ha establecido. Si hasta ahora a la Iglesia estuvo reservada la decisión de las cuestiones matrimoniales, debido ha sido a la unificación de la legislación que resultó de haberse conformado el Estado con la de la Iglesia sobre tan importante asunto. Hoy que aquél reivindica su poder legislativo en el orden que le es propio, esta reivindicación lleva consigo la del poder

judicial correspondiente": Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la ejecución de la primera", ob. cit., p. 58-59.

(66) La razón de ello, nos dice el Preámbulo a la ley provisional del Matrimonio Civil, es que el derecho a cuyo tenor las mencionadas causas han de ser resueltas, difiere esencialmente respecto a algunos puntos del que en esta ley se establece por el Estado, siendo, pues, conveniente que a la Iglesia corresponda su aplicación a fin de evitar que la jurisdicción ordinaria tenga que aplicar un derecho que está en discordia con el por el Estado sancionado:

"Sin embargo de lo dicho en el párrafo anterior, la Iglesia habrá de continuar conociendo de las causas de nulidad de los matrimonios celebrados hasta la promulgación de esta ley y de sus incidencias, que hasta ahora a su jurisdicción han estado reservadas. La razón es obvia. El derecho a cuyo tenor las mencionadas causas han de ser resueltas, difiere esencialmente respecto a algunos puntos del que en esta ley se establece. A la Iglesia, pues, y no al poder del Estado es conveniente que corresponda su aplicación, a fin de evitar al poder judicial de aquel la dura necesidad de tener que aplicar un derecho que está en discordancia con el por el Estado sancionado. No sucede lo mismo en las causas de divorcio, respecto a las cuales hay una sustancial analogía entre una y otra legislación": Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la aplicación de la primera", ob. cit., p. 59.

2.4. El sistema matrimonial de la forma religiosa preponderante con forma civil subsidiaria, de la Restauración.

Con la Restauración se inicia en España una nueva fase político-legislativa que, en materia matrimonial, se caracterizaría por la adopción de un sistema transaccional entre los partidarios del matrimonio canónico y los del matrimonio civil (67).

Los perfiles de este nuevo sistema matrimonial se acogen en un Decreto del Ministerio-Regencia de 9 de Febrero de 1875 (68) -complementado por la Instrucción de 19 de Febrero de 1875 (69) y Real Orden de 27 de Febrero de 1875 (70)-, que restablece la correspondiente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, dando al matrimonio contraído conforme a la legislación canónica todos los efectos civiles que le atribuía nuestra antigua legislación hasta la promulgación de la Ley provisional del Matrimonio Civil, reconociendo respecto de los matrimonios meramente canónicos contraídos desde que la misma empezó a regir los mismos efectos civiles desde la fecha de su celebración (71), y restituyendo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia el conocimiento y decisión de las causas de divorcio y nulidad del matrimonio canónico (72), aun cuando mantiene la obligación de inscribir en el Registro Civil todos los matrimonios canónicos presentando la partida parroquial que lo acredite, que hará prueba plena del mismo después que haya sido inscrito en el Registro Civil (73): En consecuencia, se deja sin efecto la Ley provisional del Matrimonio Civil, a excepción del capítulo V de la misma que había de continuar aplicándose cualquiera que fuera la forma legal en que se haya celebrado el contrato de matrimonio, en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio canónico (74). Pero, a la vez que se deroga en cuanto al matrimonio católico la Ley provisional del Matrimonio Civil, se deja subsistente la misma en cuanto a los que habiendo contraído consorcio civil omitieren celebrar el contrato de matrimonio, a menos que estuvieren ordenados in sacris o ligados con voto solemne de castidad



en alguna orden religiosa canónicamente aprobada (75): Habiendo sido diversamente interpretadas las disposiciones comprendidas en el mencionado Decreto respecto quienes pueden contraer la forma exclusivamente civil del matrimonio, la Orden 27 de Febrero de 1875, en la necesidad de unificar en punto tan importante la aplicación de la nueva reforma, vino a declarar que los jueces matrimoniales sólo pueden autorizar los matrimonios de aquellos que "ostensiblemente" manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica.

El artículo 42 del Código Civil en su redacción original, que reproduce con algunas variantes de expresión el párrafo primero de la Base tercera de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (76), recoge este nuevo sistema matrimonial de la forma religiosa preponderante con forma civil subsidiaria planteado ya por el Decreto de 9 de Febrero de 1875:

"La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión Católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código" (77).

En el orden jurisdiccional, el nuevo sistema matrimonial supuso que correspondiera a la jurisdicción eclesiástica el conocimiento y decisión de las causas de divorcio y de nulidad de los matrimonios canónicos (78), atribuyéndose a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer y decidir de las causas de divorcio y de nulidad del matrimonio civil (79) y, en todo caso, la adopción de las medidas provisionales y la ejecución en la parte relativa a los efectos civiles de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en esta materia (80).

---

(67) Esta nueva fase legislativa se inicia con un Decreto del Ministerio-Regencia de 22 de Enero de 1875 -"Gaceta", 23-, cuyo objeto es reparar, en tanto se publica la reforma de

la Ley provisional del Matrimonio Civil, la condición atribuida a los hijos procedentes de matrimonio exclusivamente canónico, mandados inscribir en el Registro Civil como hijos naturales por una Real Orden de 11 de Enero de 1872. De conformidad con esta su finalidad de poner en armonía el estado legal de los hijos de matrimonio exclusivamente canónico con el que les reconoce la conciencia pública que nunca ha dejado de reconocerles una legitimidad que sólo por la ley les es negada, se dispuso:

Art. 19.: Los hijos procedentes de matrimonio exclusivamente canónico, cuya inscripción en el Registro Civil fuere competentemente solicitada, serán inscritos como hijos legítimos siempre que se haga constar legalmente el matrimonio de sus padres.

Art. 20.: Para verificar la inscripción a que se refiere el artículo precedente bastará sin embargo la declaración de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 47 de la ley de Registro Civil; pero dicha inscripción tendrá el carácter de provisional hasta que los interesados presenten la partida de matrimonio de los padres.

Este documento deberá anotarse y archivar-se en la forma que determinen los reglamentos.

Art. 30.: Los hijos de matrimonio exclusivamente canónico inscritos hasta el día como hijos naturales se inscribirán desde luego a instancias de parte como legítimos, rectificándose para este efecto los asientos que de ellos se hayan verificado.

Esta rectificación podrá solicitarse en el término de un año por los padres y demás personas señaladas en el artículo 47 de la referida ley mediante la presentación de la fe de bautismo del hijo inscrito como natural.

Una instrucción especial determinará la forma en que deberá anotarse y archivar-se este documento, y rectificará las inscripciones de que se trata cuando los interesados hayan dejado transcurrir el término señalado para hacerlas.

Art. 40.: Los hijos nacidos de matrimonio canónico con posterioridad a la fecha en que empezó a regir la vigente ley que no hubieren sido inscritos en el Registro, se inscribirán como legítimos en la forma que determinan las anteriores disposiciones, quedando libres de toda responsabilidad pecuniaria los padres o encargados que pidieren su inscripción en el término señalado en el artículo anterior.

Art. 50.: Los hijos a que se refieren los artículos precedentes no necesitarán ser presentados al Registro cuando la persona llamada por la ley a hacer su presentación exhiba la correspondiente fe de bautismo.

Art. 60.: Serán considerados para todos los efectos civiles como hijos legítimos desde el día de su nacimiento los de matrimonio exclusivamente canónico que en virtud de lo que se dispone en este decreto obtengan su inscripción en el Registro civil con aquella calidad.

Art. 70.: Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a las de este decreto. (Martínez Alcubilla: "Boletín Jurídico-Administrativo, Apéndice al Diccionario de la Administración Española", Anuario 1875, p. 21).

(68) Decreto de 9 de Febrero de 1875 -"Gaceta", 10-: Cfr. Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 60-63.

(69) Instrucción para la ejecución del Decreto de 9 de Febrero de 1875 e inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro Civil de 19 de Febrero de 1875 -"Gaceta", 20-: Cfr. Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 85-88.

(70) Orden de 27 de Febrero de 1875: Cfr. Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 224-225 y 519.

(71) Disponía el artículo 19 del Decreto 9 de Febrero de 1875:

"El matrimonio contraído o que se contrajere con arreglo a los sagrados cánones producirá en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la provisional de 18 de Junio de 1870.

Los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó a regir dicha ley hasta el día surtirán los mismos efectos desde la época de su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas a título oneroso".

El preámbulo de este Decreto decía: "La Ley de 18 de junio de 1870, prescindiendo de que el

matrimonio es Sacramento entre los católicos, y sin considerar bastante que la religión santa que así lo establece es la única que con pocas excepciones profesa la Nación española, hizo depender la validez del sagrado vínculo nupcial, respecto a sus efectos legales, no tanto de las condiciones prescritas por la Iglesia, cuanto de las nuevamente introducidas por el Estado. Hasta entonces había existido perfecto acuerdo sobre este punto fundamental entre la legislación civil y la canónica. Nuestros Monarcas, rindiendo justo tributo a la fe religiosa de los españoles, se habían limitado a sancionar con su autoridad en el orden civil el matrimonio instituido por Dios y regularizado por la Iglesia. Leyes recientes, nacidas en medio de los disturbios políticos, negando toda eficacia a aquella santa institución y sustituyéndola con actos profanos y formalidades administrativas que pugnan con nuestras costumbres, han hecho cesar aquel feliz acuerdo entre ambas legislaciones, rebajando la dignidad del matrimonio y de la familia.

Si el establecimiento de un consorcio sin carácter sagrado puede ser necesario allí donde profesándose diversas creencias religiosas que difieran esencialmente en cuanto a las condiciones del matrimonio no es permitido al Estado adoptarlas por norma en sus leyes, no sucede lo mismo en España, donde apenas se practica por fortuna, a pesar de la libertad concedida en estos últimos años, otra religión que la católica. Si la sustitución del párroco por el empleado público en la celebración del matrimonio puede ser indispensable para los que no reconocen la autoridad de la Iglesia o profesan cultos cuyos ministros no tienen la organización ni las características adecuadas para que el Estado se atenga a su testimonio en cuanto se refiera al ejercicio de una función social tan importante, no sucede lo mismo cuando la mayoría o la casi totalidad de los súbditos prefiere confiar esta función al ministro de la Iglesia, y no hay motivo para que el Estado se la niegue por desconfianza.

De no haberse tenido bastante en cuenta esta circunstancia esencialísima ha resultado otro desacuerdo lamentable entre la opinión pública, inspirada por la fe religiosa y por el influjo de inveteradas costumbres, y los preceptos y declaraciones de la ley reciente sobre el matrimonio civil; desacuerdo que inquieta las conciencias, estimula a la inobservancia de la misma ley con grave perjuicio de los derechos de familia, y hace al fin recaer los efectos de ella con notoria injusticia sobre víctimas inocentes.

Por estas graves consideraciones el Gobierno se cree en el deber imperioso de apresurarse a restablecer la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los católicos, devolviendo a este santo Sacramento todos los efectos que le reconocían nuestras antiguas leyes, y restituyéndolo a la exclusiva jurisdicción de la Iglesia. Si no es más digno de la fe pública el empleado subalterno encargado del registro que el sacerdote consagrado toda su vida al ejercicio de su santo ministerio, no hay tampoco fundado motivo para que la ley niegue su sanción al contrato solemne con carácter sacramental, que el párroco autoriza y justifica con su matrimonio.

Pero no basta restituir a los futuros matrimonios los efectos civiles que les corresponden y derogar respecto a ellos la ley de 18 de junio de 1870: es además necesario determinar los que han de reconocer a los matrimonios meramente canónicos y a los consorcios exclusivamente civiles celebrados bajo el imperio de la misma ley, y esta resolución es la que ofrece en ciertos puntos dificultades casi insuperables. Si de asunto menos vital se tratase, o si la ley del matrimonio civil hubiera sido generalmente admitida y practicada, no habría duda, según el principio de la no retroacción de las leyes, en que los matrimonios meramente canónicos celebrados desde que se puso en observancia dicha ley, no deberían surtir los efectos civiles que van a reconocerles sino desde la publicación del presente decreto, respetándose en su consecuencia todos los derechos originados durante dicho período sin distinción alguna. Pero como a pesar de los anatemas de la ley, la opinión ha seguido considerando válidos tales matrimonios y legítimos los hijos nacidos de ellos y eficaces todos los derechos propios de las justas nupcias, se cometería una grave falta de equidad aplicándoles con todo rigor aquel saludable principio. Así para que la resolución que sobre ellos se adopte no pugne en la creencia general, es indispensable retrotraer sus efectos a la época de su celebración, al menos en cuanto a los derechos que hayan originado a título gratuito, respetándose únicamente los adquiridos por terceras personas a título oneroso" (Cfr. Decreto de 9 de Febrero de 1875 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 60-63).

(72) Disponía el artículo 7º del Decreto de 9 de Febrero de 1875: "Las causas pendientes de divorcio o nulidad de matrimonio canónico y las demás que según los Sagrados cánones y las leyes antiguas de España son de la competencia de los Tribunales eclesiásticos, se remitirán a éstos desde luego en el estado y en la instancia en que se encuentren por los jueces y Tribunales civiles que se hallen conociendo de ellas.

Serán firmes las ejecutorias dictadas en las causas ya fenecidas" (Cfr. Decreto de 9 de Febrero de 1875 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 60-63).

(73) Disponía el artículo 2º del Decreto de 9 de Febrero de 1875: "Los que contraigan matrimonio canónico solicitarán su inscripción en el Registro civil presentando la partida del párroco que lo acredite en el término de ocho días, contados desde su celebración. Si no lo hicieren sufrirán, pasado éste término, una multa de 5 a 50 pesetas, y además otra de 1 a 5 pesetas por cada día de los que tarden en verificarlo; pero sin que esta última pueda exceder en ningún caso de 400 pesetas.

Los insolventes sufrirán la prisión subsidiaria por sustitución y apremio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 50 del Código penal.

Los que hayan contraído matrimonio canónico después que empezó a regir la ley de 18 de junio de 1870 y no lo hubieren inscrito, deberán bajo las mismas penas, solicitar su inscripción en el término de 90 días, contados desde la publicación de este decreto en la Gaceta".

Su artículo 3º establecía determinadas obligaciones respecto de los párrocos en cuanto a los matrimonios que autorizaren:

"Se ruega y encarga a los reverendos prelados dispongan que los párrocos suministren directamente a los jueces encargados de registro civil noticia circunstanciada, en la forma que determinarán los reglamentos, de todos los matrimonios que hayan autorizado desde la fecha en que empezó a cumplirse la ley citada de 1870 y de los que en adelante autoricen.

Si algún párroco faltare a esta obligación, el juez municipal denunciará la falta al prelado y la pondrá en conocimiento de la Dirección general del Registro Civil para lo que corresponda".

El artículo 4º de este Decreto dictaba normas sobre prueba del matrimonio canónico:

"La partida sacramental del matrimonio hará plena prueba del mismo después que haya sido inscrito en el Registro Civil. Cuando el matrimonio no hubiere sido inscrito deberá la partida someterse a las comprobaciones y diligencias que dispondrán los reglamentos y a las que los tribunales estimen necesarias para calificar su autenticidad" (Cfr. Decreto de 9 de Febrero de 1875 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 60-63).

(74) Disponía el artículo 5º del Decreto de Febrero de 1875: "La ley de 18 de junio de 1870 queda sin efecto en cuanto a los que hayan contraído o contraigan matrimonio canónico, el cual se registrará exclusivamente por los sagrados cánones y las leyes civiles que estuvieron en observancia hasta que se puso en ejecución la referida ley.

Exceptuándose tan solo de esta derogación las disposiciones contenidas en el capítulo 5º de la misma ley, las cuales continuarán aplicándose, cualquiera que sea la forma legal en que se haya celebrado el contrato del matrimonio" (Cfr. Decreto de 9 de Febrero de 1875 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 60-63).

El capítulo V de la Ley provisional del Matrimonio Civil -artículos 44 a 78- trata "de los efectos generales del matrimonio respecto a las personas y bienes de los cónyuges", y establece consiguientemente disposiciones de carácter civil sobre las relaciones y derechos de los cónyuges, lo relativo a la legitimidad de los hijos, a la patria potestad y a la obligación de dar alimentos (Cfr. "Leyes provisionales del Matrimonio y del Registro Civil y disposiciones dictadas para la aplicación de la primera". ob. cit., p. 71 ss.).

(75) Disponía el artículo 6º del Decreto de 9 de Febrero de 1875: "Las demás disposiciones de la ley de 18 de Junio de 1870 no exceptuadas en el segundo párrafo del artículo anterior serán sólo aplicables a los que habiendo contraído consorcio civil omitieren celebrar el matrimonio canónico, a menos que estuvieren ordenados in sacris o ligados con voto solemne de castidad en alguna orden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha de este Decreto; pero quedando a salvo en todo caso los derechos consiguientes a la legitimidad de los hijos

habidos o que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de este decreto, los de la potestad paterna y materna y los adquiridos hasta el día por consecuencia de la sociedad conyugal que habrá de disolverse".

"El preámbulo de este Decreto explica las razones de todo cuanto dispone este artículo:

"Pero así como se reconocen estos efectos al matrimonio canónico en justo homenaje a la conciencia pública, así no pueden desconocer los de los consorcios puramente civiles celebrados o que se celebren al amparo de la ley de 1870, por los que no profesando la religión católica o separándose del gramo de ella, no hayan sido o dejen de ser hábiles para casarse con la bendición de la Iglesia. El Gobierno no puede impedir que residan en España personas de otra creencia que la verdadera, ni obligar a las prácticas del culto a los solos católicos sujetos a las censuras y penas eclesiásticas. Admitido este hecho, que es ineludible lo mismo ahora que bajo la antigua Monarquía, el Estado no debe privar a tales personas de los medios de constituir familias que puedan ingresar algún día en el seno de la Iglesia. Por eso el Gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la ley de 1870, con excepción de un sólo capítulo que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede menos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído o lleguen a contraer los que no profesando la religión de nuestros padres estén imposibilitados de santificarlo con el Sacramento.

Esta regla exige sin embargo una excepción de que el respeto debido a la opinión pública no permite prescindir, y que en el caso presente tiende a restablecer y no a alterar el verdadero sentido de un artículo de la misma ley de 1870, equivocadamente interpretado por el decreto de 1 de Mayo de 1873. Prohibía el referido artículo de una manera absoluta el matrimonio de los católicos ordenados in sacris o ligados por votos solemnes de castidad. El decreto posterior citado restringiendo el sentido de esta disposición permitió luego aquel prohibido consorcio cuando los contrayentes declarasen haber abjurado de la fé católica. Ahora se restablece el genuino y verdadero sentido de la prohibición por las mismas razones que movieron sin duda a dictarla" (Cfr. Decreto de 9 de Febrero de 1875 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Anuario 1875, p. 60-63).

(76) Base 3ª de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 autorizando al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley -"Gaceta", 22-: "Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que se deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica, admitidas en el Reino por la ley 13, título I, libro 1, de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil" (Cfr. "Código Civil", Civitas, 1ª ed., M. 1973, p. 19).

(77) La defectuosa redacción del artículo 42 del Código Civil planteó el problema de si era necesario o no que los que desearan contraer matrimonio civil hiciesen la previa declaración de no profesar la Religión Católica: Una Orden de la Dirección General de los Registros de 28 de Diciembre de 1900 -"Gaceta", 8 de marzo de 1901- resolvió que no era suficiente la manifestación y ratificación por los interesados del deseo de contraer matrimonio civil, sino que es requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante la autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión Católica, puesto que para la celebración del matrimonio civil han de observarse, no sólo y exclusivamente los preceptos consignados en el capítulo III del título IV, libro I del Código Civil, que tratan de un modo concreto o especial de dicho matrimonio, sino además los contenidos en el capítulo I del expresado título y libro que comprenden las disposiciones que convienen a las dos únicas formas del matrimonio reconocidas por dicho Código, e impuestas por el artículo 42 del citado Código a los que profesan la Religión Católica y quieren contraer matrimonio meramente civil no basta la simple manifestación por los interesados del deseo

de contraer matrimonio en la declaración de que trata el artículo 86 del Código Civil y la ratificación exigida en el artículo 89 del mismo sino que es necesario que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella Religión y que por este motivo no vienen obligados a observar la forma canónica (Cfr. Orden de 28 de Diciembre de 1900 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Apéndice 1901, p. 226). Sin embargo, una Orden de 27 de Agosto de 1906 resolvió que no debe exigirse a los que pretenden contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86, 89 y siguientes del Código Civil, declaración alguna relativa a la religión que profesen, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece, por cuanto que la disposición del artículo 42 del mencionado Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualidad que más puede satisfacer la conciencia de los que profesan la Religión católica, y que por profesarla tienen la obligación de orden moral de contraer el matrimonio con sujeción a los preceptuados por la Iglesia, y que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los artículos 86 y 89 del citado Código, ni en cuantos se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código (Cfr. Orden de 27 de Agosto de 1906 en Martínez Alcubilla, Ob. cit., Apéndice 1906, p. 442): Una Circular de la Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado de 31 de Agosto de 1906 dictó las instrucciones oportunas para cumplimiento de la Real Orden de 27 de Agosto del mismo año (Cfr. Circular de 31 de Agosto de 1906 en Martínez Alcubilla, ob. cit., Apéndice 1906 p. 618-619). Poco después, una Real Orden de 28 de Febrero de 1907 deja sin efecto la citada Real Orden de 27 de Agosto de 1906 como dictada con extralimitación de facultades por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación y aclaración, a las Cortes con el Rey, restableciéndose por consiguiente la Real Orden de 28 de Diciembre de 1900 (Cfr. Orden de 28 de Febrero de 1907 -"Gaceta", 1 de Marzo- en Martínez Alcubilla, ob. cit., Apéndice 1907, p. 83-83).

(78) El artículo 80 del Código Civil disponía que "el conocimiento de los pleitos sobre la nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales Eclesiásticos"; y, de conformidad con el mismo, el artículo 82 preceptuaba que "la sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro Civil, y se presentará al Tribunal Ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles".

(79) Artículos 103 y 107 del Código Civil.

(80) Disponía el artículo 67 del Código Civil que "los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales Ordinarios"; consecuentemente y de conformidad con el artículo 103 del Código Civil, correspondía en todo caso a la jurisdicción civil la adopción de las medidas indicadas en el artículo 68 del mismo -"medidas provisionales mientras dure el juicio"-, así como, de conformidad con los artículos 67 y 82 del Código Civil, la ejecución, en la parte relativa a los efectos civiles, de las sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio.

2.5. El matrimonio civil y los males del divorcio: Encíclicas "Arcarum divinae sapientiae" y "Casti connubii". Reimplantación del régimen de matrimonio civil obligatorio en la Segunda República: Ley del Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932.

2.5.1. En las Encíclicas "Arcarum divinae sapientiae" de S.S. el Papa León XIII (81) y "Casti connubii" de S.S. el Papa Pío XI (82) se resume la doctrina católica tradicional de la indisolubilidad del matrimonio, deplorando los males que amenazan a la sociedad doméstica y civil fruto del laicismo matrimonial que despojando al matrimonio de toda su santidad lo colocan entre las cosas profanas cuya potestad se atribuye a la autoridad civil.

2.5.1.1. En la Encíclica "Arcarum divinae sapientiae" sobre el matrimonio cristiano, S.S. el Papa León XIII trata de la sociedad doméstica, cuyo principio y fundamento es el matrimonio, haciendo una exposición completa de la doctrina de la Iglesia Católica acerca de esta institución de la que interesa resaltar los siguientes puntos:

a) Vindicación de la divina institución del matrimonio, su dignidad sacramental y su perpetua estabilidad:

El matrimonio fue instituido desde el principio, no por la voluntad de los hombres, sino por la autoridad y disposición de Dios y bajo la precisa ley de que el vínculo del matrimonio es perpetuo e indisoluble (83); Jesucristo, autor de la nueva alianza, vino a restituir esta institución según su primitivo estado, tal y como salió de manos del Creador, con sus dos prerrogativas de unidad e indisolubilidad, al enseñar que con este vínculo se unen y juntan en lazo perpetuo e indisoluble dos personas solamente (84), y esta unión natural de hombre y mujer se perfecciona en el matrimonio cristiano al elevarla Cristo a la categoría de sacramento de la Nueva Ley, por cuya virtud los cónyuges cristianos significan y participan el miste-

rio de la unión de Cristo con la Iglesia (85).

b) Todá potestad sobre el matrimonio cristiano, que es sacramento, corresponde de derecho a la Iglesia:

Habiendo Jesucristo elevado el matrimonio de los fieles a la dignidad de sacramento, encomendó a su Iglesia la potestad legislativa y judicial acerca de los matrimonios cristianos (86); mas esta potestad legislativa de la Iglesia sobre materia sacramental se ve usurpada por aquellos que, despojando al matrimonio de su caracter sagrado, lo colocan en el número de aquellas cosas que fueron instituidas por los hombres y atribuyen a la autoridad civil la potestad de legislar sobre todo cuanto diga relación con el matrimonio (86); siendo vana la famosa distinción entre el contrato y el sacramento a fin de entregar el contrato a la sociedad civil reservando el sacramento a la Iglesia, siendo así que entre cristianos todo matrimonio legítimo es en sí y por sí sacramento y que por lo mismo no existe verdadero y legítimo contrato sin ser por el mismo hecho sacramento (87); de donde se deduce que, si alguna unión se contrae entre los fieles de Cristo fuera del sacramento, no tiene razón ni fuerza de justo matrimonio, y aún cuando se haya verificado convenientemente dicha unión por las leyes civiles, nunca será esto más que un rito o una costumbre introducida por el derecho civil de los pueblos: En la Carta "Novae condinae legis" sobre el matrimonio civil de 8 de Febrero de 1893 (88), S.S. el Papa León XIII, ante la consulta hecha a la Sede Apostólica por los Obispos de la Provincia Véneta acerca de un proyecto de ley en que se imponía el cumplimiento de la ceremonia civil antes de la celebración del matrimonio cristiano, confirma la doctrina católica sobre este punto expuesta ya cuidadosa y plenamente en la Encíclica "Arcarum divinae sapientiae", declarando una vez más que el poder civil tan sólo puede establecer aquello que el matrimonio lleva consigo por su misma especie en el terreno civil, pero que debe dejar a la Iglesia lo que toca al matrimonio en sí mismo, ya que, siendo un dogma de fe que el matrimonio de los cristianos ha sido elevado por Jesucristo a la dignidad



de sacramento, vana sería la distinción entre el contrato y el sacramento a fin de inferir de ella que entre cristianos se puede contraer válidamente un matrimonio que no sea un sacramento, por lo que toda ingerencia de la autoridad política en el contrato matrimonial y no simplemente en sus efectos no es sino una usurpación sacrílega a la potestad exclusiva de la Iglesia en materia sacramental (89), de donde se sigue que una ley tal tendría verdaderamente por objeto el contrato de matrimonio mismo y no sólo sus efectos civiles, sin que sirva decir que el poder civil con la misma no toca al sacramento administrado por la Iglesia ya que se deja a la voluntad de los contrayentes celebrar el matrimonio religioso después de la ceremonia civil, pues, en realidad, una ley tal vendría implícitamente a declarar ilícito el matrimonio religioso en el caso en que no fuera precedido de la ceremonia civil (90), e introduciría de hecho la persuasión errónea de que basta la ceremonia civil para vivir en legítimo matrimonio lo que en realidad no es otra cosa que un abominable concubinato (91).

c) Los males del laicismo matrimonial:

Fruto del laicismo matrimonial, exponente de la triste labor comenzada de laicización de la sociedad, es la profanación del matrimonio por aquellos que se empeñan en despojarlo de toda su santidad y colocándolo entre las cosas profanas pervierten la elevadísima idea del matrimonio que la naturaleza había impreso y registrado en el corazón de los hombres, destruyendo en cuanto pueden lo instituido por Dios, de cuya fuente brotan múltiples males que no sólo han influido en el hogar de las familias sino también en las sociedades (92), de entre las cuales no son pocos los efectos calamitosos que acarrearán las leyes que favorecen la institución licenciosa del divorcio:

"En realidad, apenas puede explicarse cuántos males contienen en sí mismos los divorcios. Porque por su causa se hacen mudables las alianzas matrimoniales, se debilita la mutua benevolencia, están siempre en pie perniciosos incentivos de infidelidad, se perjudica la educación e instrucción

de los hijos, se da perpetua ocasión de disolver la sociedad doméstica, se esparcen las semillas de las discordias entre las familias, se destruye y se echa a pique la dignidad de las mujeres que caen en el peligro de ser abandonadas por sus maridos cuando éstos hayan satisfecho sus torpes deseos. Y poque, para perder las familias y destruir las fuerzas de un reino, nada sirve tanto como la corrupción,, fácilmente se comprende que los divorcios son contrarios a la prosperidad de las familias y de la sociedad, los cuáles nacen de las depravadas costumbres de los pueblos, y como lo enseña la existencia, dejan el camino expedito y la puerta abierta a las costumbres más viciosas de la vida pública y privada. Y mucho más se vera la gravedad de éstos males si se considera que no hay freno tan poderoso que, una vez concedida la facultad de divorcio, pueda encerrarla dentro de ciertos y determinados límites. Grande es, en suma, la fuerza del ejemplo, mayor que la de las pasiones, y con éstos. incentivos sucede inevitablemente que, extendiéndose cada día más la propensión al divorcio, invada el ánimo de muchos, propagándose como enfermedad contagiosa o como torrente que se desborda, rompiendo todos los obstáculos"(93)

De entre los males que conlleva la sanción legal de la institución del divorcio son de tener muy especialmente en cuenta la corrupción de costumbres que destruye la estabilidad del matrimonio y es ruina de la sociedad como la historia misma lo enseña (94), la degradación de la dignidad de la mujer que cae en el peligro de ser sumida en mero instrumento de satisfacción de torpes deseos y su nefasta influencia en la educación e instrucción de los hijos, que reciben gravísimos quebrantos.

2.5.1.2. Si la codificación del Derecho de la Iglesia, última fase de la larga historia del Derecho Canónico, que culmina con la promulgación del día de Pentecostés -27 de Mayo- de 1917 por la Constitución "Providentissima Mater Ecclesia" de S.S. el Papa Benedicto XV del "Codex Iuris Canonici", recoge la doctrina tradicional católica del matrimonio -Libro III,

1ª parte, Título VII, cánones 1012-1143 (95)-, en la Encíclica "Casti connubii" sobre el matrimonio cristiano, S.S. el Papa Pío XI, significó las huellas de su predecesor León XIII, cuya Encíclica "Arcarum divinae sapientiae" hace suya y confirma, expone con mayor detalle, por exigirlo así las circunstancias del tiempo, algunos puntos acerca de la naturaleza del matrimonio cristiano, de su dignidad y de las utilidades y beneficios que de él se derivan para la familia y la misma sociedad humana, de los errores contrarios a este importantísimo capítulo de la doctrina evangélica, de los vicios que se oponen a la vida conyugal y de los principales remedios que es preciso poner en práctica a fin de que recobre el matrimonio la reverencia que le es debida, de los cuales cabe destacar aquí los siguientes:

a) Supremos principios: Hállase constituido el sagrado consorcio del legítimo matrimonio por la voluntad divina a la vez que por la humana:

El matrimonio no fué instituido ni restaurado por obra de los hombres, sino por obra divina, ni fue protegido, confirmado ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios, autor de la naturaleza, y de Cristo, Redentor de la misma y, por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges, cuya libertad no les da más atribuciones que las de determinarse o no a contraer matrimonio y a contraerlo precisamente con tal o cual persona, quedando fuera de los límites de la libertad del hombre la naturaleza del matrimonio, de tal suerte que si alguien ha contraído ya matrimonio se halla sujeto a sus leyes y propiedades esenciales (96).

b) Bienes del matrimonio cristiano: "proles", "fides", "sacramentum":

A la esencia del matrimonio y a sus dos propiedades esenciales corresponden los tres bienes del matrimonio de que habló San Agustín: el bien de la prole, el bien de la fidelidad

y el bien del sacramento; bienes que, como declara el mismo Santo, contienen una síntesis fecunda de toda la doctrina del matrimonio cristiano (97).

Refiriéndonos a aquel bien del matrimonio que en fase de San Agustín hemos llamado "sacramento", se entiende por el mismo que el matrimonio es indisoluble y que el repudiado o repudiada no se una a otro ni aun por razón de la prole (98); esta indisolubilidad compete a todo matrimonio verdadero conforme al precepto divino que Dios estableció para toda la humanidad al crear a la primera pareja y que Cristo vino a restaurar cuando declaró: No separe el hombre lo que ha unido Dios (99); mas esta propiedad esencial del matrimonio adquiere una peculiar firmeza en el matrimonio cristiano por razón del sacramento, por cuya virtud los cónyuges cristianos significan y participan en aquella perfectísima unión entre Cristo y la Iglesia (100). Acerca de cuántos y cuán grandes beneficios se derivan de la indisolubilidad del matrimonio, ya sobre el bien de los cónyuges y de la prole, ya sobre la utilidad de toda la sociedad humana, se dice:

"Cuántos y cuán grandes beneficios se derivan de la indisolubilidad del matrimonio no podrá menos de ver el que reflexione, aunque sea ligeramente, ya sobre el bien de los cónyuges y de la prole, ya sobre la utilidad de toda la sociedad humana. Y, en primer lugar, los cónyuges en esta misma inviolable indisolubilidad hallan el sello cierto de perennidad que reclaman de consumo, por su misma naturaleza, la generosa entrega de su propia persona y la íntima comunicación de sus corazones, siendo así que la verdadera caridad nunca llega a faltar -I Cor. 13,8-. Constituye ella, además, un fuerte baluarte para defender la castidad fiel contra los incentivos de la infidelidad que pueden provenir de causas externas o internas; se cierra la entrada al temor celoso de si el otro cónyuge permanecerá o no fiel en el tiempo de la adversidad o de la vejez, gozando, en lugar de este temor, de seguridad tranquila; se provee asimismo muy conve-

nientemente a la conservación de la dignidad de ambos cónyuges y al otorgamiento de su mutua ayuda, porque el vínculo indisoluble y para siempre duradero constantemente les está recordando haber contraído un matrimonio tan sólo disoluble por la muerte, y no en razón de las cosas caducas, ni para entregarse al deleite, sino para procurarse mutuamente bienes más altos y perpetuos. También se atiende perfectamente a la protección y educación de los hijos, que debe durar muchos años, porque las graves y continuadas cargas de este oficio más fácilmente las pueden sobrellevar los padres aunando sus fuerzas. Ni son menores los beneficios que de la estabilidad del matrimonio se derivan aún para toda la sociedad en conjunto. Pues bien consta por la experiencia como la inquebrantable firmeza del matrimonio es ubérrima fuente de honradez en la vida de todos y la integridad en las costumbres; cómo, observada con serenidad tal indisolubilidad, se asegura al propio tiempo la felicidad y el bienestar de la república, ya que tal será la sociedad cuales son las familias y los individuos de que consta, como el cuerpo se compone de sus miembros. Por lo cual todos aquellos que denodadamente defienden la inviolable estabilidad del matrimonio prestan un gran servicio así al bienestar privado de los esposos y al de los hijos, como al bien público de la sociedad humana" (101).

Mas en este bien del sacramento, además de la indisoluble firmeza, están contenidas otras utilidades designadas por la misma palabra "sacramento", ya que Cristo, elevando el matrimonio de sus fieles al verdadero y propio sacramento de la Nueva Ley, lo hizo signo y fuente de una peculiar gracia interior, y tan íntimamente están unidos la razón de sacramento y el matrimonio cristiano, que no puede existir entre bautizados verdadero matrimonio sin que por los mismos sea ya sacramento (102).

c) Los errores contra el Sacramento.

Tratando de aquellos errores que atañen al sacramento

se afirma, en primer lugar, por los detractores de la institución matrimonial, que las leyes, instituciones y costumbres por las que se rige el matrimonio, debiendo su origen a la sola voluntad de los hombres, tan solo a ella están sometidas, y, por consiguiente, que a la sociedad civil, y en modo alguno a la sociedad religiosa, compete todo lo concerniente al matrimonio, y añaden además, que es preciso eximir el contrato matrimonial de todo vínculo indisoluble, pretendiendo que se decrete la licitud del divorcio (103). Por esto aducen muchas y variadas causas del divorcio: unas, que llaman subjetivas, y que tienen su raíz en el vicio o en la culpa de los cónyuges, otras, objetivas, en la condición de las cosas; y pretenden demostrar dichas causas, en primer lugar, por el bien de ambos cónyuges después, por el bien de los hijos y, finalmente, por el bien común de la sociedad. Y aún hay quien llega a decir que el matrimonio, como quiera que sea un contrato meramente privado, depende por completo del consentimiento y arbitrio privado de ambos contrayentes, como sucede en todos los demás contratos privados:

"Pero lo que impide, sobre todo, como ya hemos advertido, Venerables Hermanos, esta reintegración y perfección del matrimonio estableció Cristo nuestro Redentor, es la facilidad que existe, cada vez más creciente, para el divorcio. Más aún: los defensores del neopaganismo, no aleccionados por la triste condición de las cosas, se desatan, con acrimonio cada vez mayor, contra la santa indisolubilidad del matrimonio y las leyes que la protegen, pretendiendo que se decrete la licitud del divorcio, a fin de que una ley nueva y más humana sustituya a las leyes anticuadas y sobrepasadas. Y suelen estos aducir muchas y varias causas del divorcio: unas, que llaman subjetivas, y que tienen su raíz en el vicio o en la culpa de los cónyuges; otras, objetivas en la condición de las cosas; todo, en fin, lo que hace mas dura e ingrata la vida común. Y pretenden demostrar dichas causas, por muchas razones. En primer lugar, por el bien de ambos cónyuges, ya porque uno de los dos es inocente y por ello tiene derecho a separarse del culpa-

ble, ya porque es reo de crímenes y, por lo mismo también, se les ha de separar de una forzada y desagradable unión; después, por el bien de los hijos, a quienes se priva de la conveniente educación, y a quienes se escandaliza con las discordias muy frecuentes y otros malos ejemplos de sus padres, apartándolos del camino de la virtud; finalmente, por el bien común de la sociedad, que exige en primer lugar la desaparación absoluta de los matrimonios que en modo alguno son aptos para el objeto natural de ellos, y también que las leyes permitan la separación de los cónyuges, tanto para evitar los crímenes que fácilmente se pueden temer de la convivencia de tales cónyuges, como para impedir que aumente el descrédito de los Tribunales de Justicia y de la autoridad de las leyes, puesto que los cónyuges, para obtener la deseada sentencia de divorcio, perpetrarán de intento crímenes por los cuales pueda el Juez disolver el vínculo, conforme a las disposiciones de la ley, o mentirán y perjurarán con la insolencia ante dicho juez, que ve, sin embargo, la verdad, por el estado de las cosas. Por esto dicen que las leyes de deben acomodar en absoluto a todas estas necesidades, una vez que han cambiado las condiciones de los tiempos, las opiniones de los hombres y las costumbres e instituciones de los pueblos: Todas las cuales razones, ya consideradas en particular, ya, sobre todo, en conjunto, demuestran con evidencia que por determinadas causas se ha de conceder absolutamente la facultad del divorcio. Con mayor procacidad todavía pasa otros mas adelante, llegando a decir que el matrimonio, como quiera que sea un contrato meramente privado, depende por completo del consentimiento y arbitrio privado de ambos contrayentes, como sucede en todos los demás contratos privados; y por ello, sostienen, ha depoder disolverse por cualquier motivo" (104).

Mas, contra todos estos desatinos, consta suficientemente, a la sola luz de la razón natural y mucho mejor si se investigan los vetustos monumentos de la historia, que hay aún en el

matrimonio natural un algo sagrado y religioso, no advenedizo, sino ingénito; no procedente de los hombres, sino innato, puesto que el matrimonio tiene a Dios por autor. Esta naturaleza sagrada del matrimonio adquiere en el matrimonio cristiano, por razón del sacramento, una nueva dimensión por cuya virtud los cónyuges cristianos significan y participan el misterio de la unión de Cristo con la Iglesia (105).

Igualmente permanece en pié la ley de Dios, confirmada por Jesucristo, y seguida en todo tiempo por la Iglesia Universal, referida a cualquier matrimonio; aún al sólo natural y legítimo, en virtud de la cual el vínculo del matrimonio es perpetuo e indisoluble, ley que no pueden anular ni los decretos de los hombres, ni las convenciones de los pueblos, ni la voluntad de ningún legislador, de donde resultan fútiles las razones que pueden y suelen alegarse como causa de los divorcios (106): De donde puede afirmarse que tantos cuantos son los beneficios que en sí contiene la firmeza indisoluble del matrimonio, otros tantos son los perjuicios que ocasiona el divorcio:

"Por lo demás, las objeciones que, fundándose en aquellas tres razones, mueven contra la indisolubilidad del matrimonio, se resuelven fácilmente. Pues todos esos inconvenientes y todos estos peligros se evitan concediendo alguna vez, en esas circunstancias extremas, la separación imperfecta de los esposos, quedando intacto el vínculo, lo cual concede con palabras claras la misma ley eclesiástica en los cánones que tratan de la separación del tálamo, de la mesa y de la habitación -C.I.C. c. 1128 ss-. Y toca a las leyes sagradas y, a lo menos también en parte, a las civiles, en cuanto a los efectos y razones civiles se refiere, determinar las causas y condiciones de esta separación, y juntamente el modo y las cautelas con las cuales se provea a la educación de los hijos y a la incolumidad de la familia, y se eviten, en lo posible, todos los peligros que amenazan tanto al cónyuge como a los hijos y a la misma sociedad civil. Asimismo, todo lo que se suele aducir, y más arriba tocamos, para



probar la firmeza indisoluble del matrimonio, todo y con la misma fuerza lógica excluye, no ya sólo la necesidad sino también la facultad de divorciarse, así como la falta de poder en cualquier magistrado para concederla, de donde tantos cuantos son los beneficios que reporta la indisolubilidad, otros tantos son los perjuicios que ocasiona el divorcio, perniciosísimos todos, así para los individuos como para la sociedad. Y, valiéndose una vez más de la doctrina de Nuestro Predecesor, apenas hay necesidad de decir que tanta es la cosecha de males del divorcio cuanto inmenso el cúmulo de beneficios que en sí contiene la firmeza indisoluble del matrimonio. De una parte, contemplamos los matrimonios protegidos y salvaguardados por el vínculo inviolable; de otra parte, vemos que los mismos pactos matrimoniales resultan inestables o están expuestos a inquietantes sospechas, ante la perspectiva de la posible separación de los cónyuges o ante los peligros que se ofrecen de divorcio. De una parte, el mutuo afecto y la comunión de bienes administrablemente consolidada; de la otra, lamentablemente debilitada a causa de la misma facultad que se les concede para separarse. De la una, la fidelidad casta de los esposos encuentra conveniente defensa; de la otra, se suministra a la infidelidad perniciosos incentivos. De la una, quedan atendidos con eficacia el reconocimiento, protección y educación de los hijos; de la otra, reciben gravísimos quebrantos. De la una, se evitan múltiples disensiones entre los parientes y familias; de la otra se presentan frecuentes ocasiones de división. De la una, más fácilmente se sofocan las semillas de la discordia; de la otra, más copiosa y extensamente se siembran. De la una, vemos felizmente reintegrada y restablecida, en especial, la dignidad y oficio de la mujer, tanto en la sociedad doméstica como en la civil; de la otra, indignamente rebajada, pues que se expone a la esposa al peligro de ser abandonada, una vez que ha servido al deleite del marido -León XIII, enc. Arcarum-. Y porque, para concluir con las palabras gravísimas de León XIII, "nada contribuye tanto a destruir las familias y a arruinar las naciones como la corrupción de las costumbres, fácilmente se echa

de ver cuánto se oponen a la propiedad de la familia y de la sociedad los divorcios, que nacen de la depravación moral de los pueblos, y que, como atentigua la experiencia, franquean la puerta y conducen a las más relajadas costumbres en la vida pública y privada. Sube de punto la gravedad de estos males si se considera que, una vez concedida la facultad de divorciarse, no habrá freno alguno que pueda contenerla dentro de los límites definidos y de los antes señalados. Muy grande es la fuerza de los ejemplos, pero mayor es la de las pasiones: con estos incentivos tiene que suceder que el capricho de divorciarse, cundiendo cada día más, inficione a muchas almas como una enfermedad contagiosa o como torrente que se desborda, rotos todos los obstáculos" -León XIII, enc. Arcanum-. De consiguiente, como en la misma Encíclica se lee: "Mientras esos modos de pensar no varien, han de temer sin cesar, lo mismo las familias que la sociedad humana, el peligro de ser arrastrados por una ruina y peligro universal" -Leo XIII, enc. Arcanum-. La cada día creciente corrupción de costumbres y la inaudita depravación de la familia que reina en las regiones en las que domina plenamente el comunismo, confirman claramente la gran verdad del anterior vaticinio pronunciado hace ya 50 años" (107).

---

(81) Encíclica "Arcanum divinae sapientiae" sobre el matrimonio cristiano -10 de Febrero de 1880-, contenida en la obra publicada por Acción Católica Española: "Colección de Encíclicas y cartas Pontificias", Madrid 1942, p. 561-580.

(82) Encíclica "Casti connubii" sobre el matrimonio cristiano -31 de Diciembre de 1930-, contenida en la obra publicada por Acción Católica Española: "Colección de Encíclicas y documentos pontificios (Concilio Vaticano II)", 7ª ed., Madrid 1967, Tomo I p. 1609-1640.

(83) "Nadie ignora, venerables hermanos, cuál sea el verdadero origen del matrimonio. Pues aunque los detractores de la fe cristiana pretenden desconocer la doctrina constante de la Iglesia sobre este punto, y hayan procurado desde muy antiguo borrar la tradición de todos los pueblos y de todos los siglos, no pudieron, sin embargo, extinguir ni debilitar la fuerza y la luz de la verdad. Recordamos cosas de todos sabidas y de que nadie duda: después que Dios formó al hombre de polvo de la tierra en el sexto día de la creación, e infundió en su rostro el soplo de la vida, quiso darle compañera, la cual sacó del costado del mismo varón mientras éste dormía. Con lo cual quiso el providentísimo Dios que aquellos dos cónyuges fuesen el principio natural de todos los hombres, del cual se propagase el género humano y por continuas procreaciones se conservase siempre" (Enc. Arcanum, 3; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 562-563).

(84) "... Y esto lo vemos declarado y abiertamente confirmado en el Evangelio por la divina autoridad de Jesucristo, quien atestiguó a los judíos y a los Apóstoles que el matrimonio, por su misma institución, no puede verificarse sino entre dos individuos, o sea entre varón y mujer; que de los dos viene a hacerse como una sola carne, y que el vínculo conyugal está tan íntima y estrechamente enlazado por disposición de Dios, que nadie entre los hombres puede desatarlo o romperlo. Se juntará (el hombre) a su mujer, y serán dos en una carne. Así que ya no son dos, sino una carne. Por tanto, lo que Dios juntó, el hombre no lo separe -Mt. 19, 5-6-" (Enc. Arcanum, 3; cfr. Nota 83).

"Pero a tantos vicios y tan grandes ignominias como afeaban el matrimonio buscóse, al fin, por disposición divina la enmienda y la medicina; supuesto que Jesucristo, restaurador de la humana dignidad y perfeccionador de las leyes mosaicas, aplicó oportuno y acabado remedio. Porque ennobleció con su presencia las bodas de Caná, que hizo memorables con el primero de sus milagros; por lo cual, ya desde aquel momento, adquirió el matrimonio el principio de una nueva santidad. Después lo restituyó a la nobleza de su primitivo origen, ya reprobando la costumbre de los hebreos, que abusaban de la pluralidad de las mujeres y de la facultad de repudiar; ya principalmente ordenando que nadie fuese osado a disolver lo que Dios había unido con vínculo perpetuo. Cuyo motivo, después de responder a las objeciones deducidas de la ley mosaica, revistiéndose de la autoridad de supremo legislador, estableció lo siguiente acerca del matrimonio: Dignos que todo aquel que repudiare a su mujer, a no ser por causas de fornicación, y tomare otra, comete adulterio, y el que se casare con la que otro repudió, comete adulterio -Mt. 19,9-" (Enc. Arcanum, 5; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", Ob. cit., p. 564).

(85) "Más todo aquello que la autoridad divina decretó y estableció acerca del matrimonio lo transmitieron por escrito y más clara y distintamente a la posteridad los Apóstoles, mensajeros de las divinas ordenanzas. Ahora bien: como emanado del magisterio apostólico ha de tenerse todo aquello que nuestros Santos Padres, los Concilios y la tradición de la Iglesia Universal han enseñado siempre -Ibid., ses. 24, in pr.-, a saber: que Cristo Nuestro Señor elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento; que al mismo tiempo hizo que los cónyuges, ayudados y fortalecidos por la gracia celestial que los méritos y de Aquel consiguieron, alcanzaban la santidad en el mismo matrimonio, y que por medio de éste, admirablemente dispuesto, a semejanza de su mística unión con la Iglesia perfeccionó el amor natural -Ibid., ses. 24, cap. 1, "De reforma. matr."- y robusteció con el vínculo de la caridad divina la unión de suyo indisoluble entre el marido y la mujer. Vosotros, maridos -dice San Pablo a los Efesios-, amad a vuestras mujeres como Cristo amó también a la Iglesia, y se entregó a sí mismo por ella para santificarla... Los maridos deben amar a sus mujeres como a sus propios cuerpos..., porque nadie aborreció jamás su carne; antes la mantiene y abriga, así como también Cristo a la Iglesia, porque somos miembros de su cuerpo, de su carne y de sus huesos. Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se allegará a su mujer, y serán dos en una carne. Este sacramento es grande; mas yo digo en Cristo y en la Iglesia -Ad Eph. 5,25 ss.-. Igualmente sabemos, por enseñanza de los Apóstoles, que Cristo santificó e hizo inviolable la unidad e indisolubilidad propias del matrimonio en su primitivo origen. A aquellos que están unidos en matrimonio -dice el mismo San Pablo- mando, no yo, sino el Señor, que la mujer no se separe del marido, y si se separare, que se quede sin casar, o que haga la paz con su marido -I Cor., 7, 10-11-. Y también: La mujer está atada a su ley mientras vive su marido; pero si muriese su marido, queda libre -Ibid., 39-. Por estas causas fue el matrimonio gran sacramento -Ed. Eph., 5, 32- y honesto para todos -Ad hebr., 13,4-, piadoso, casto y digno de veneración, por ser la imagen y representación de altísimos misterios" (Enc. Arcanum, 6; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", Ob. cit., p. 565).

(86) "Habiendo, pues, Jesucristo adornado de tal y tan gran excelecia al matrimonio, encomendó su régimen a la Iglesia. La cual, en todo tiempo y lugar, ejerció sus atribuciones sobre el matrimonio de los cristianos, de tal manera que aparecen aquéllas como propias suyas, no obtenidas por concesión de los hombres, sino recibidas de Dios, por voluntad de su Fundador" (Enc. Arcanum, 8; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", Ob. cit., p. 566). "Además, hemos de considerar la dignidad de sacramento que caracteriza al matrimonio cristiano, y que lo ennoblece y eleva a grandísima altura. Determinar y mandar lo que al sacramento pertenece, de tal modo es propio de la Iglesia por la voluntad de Cristo, que es totalmente absurdo querer hacer participantes de su potestad a los gobernadores de la cosa pública" (Enc. Arcanum, 12; en

"Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 569).

(86) "No faltan, sin embargo, hombres que... conocen perfectamente que la fuente y el origen de la familia y de la sociedad en el matrimonio, y por esto mismo no pueden sufrir que esté sujeto a la jurisdicción de la Iglesia; por el contrario, se empeñan en desnudarlo de toda santidad y colocarlo en el número de aquellas cosas que fueron instituidas por los hombres y son administradas y regidas por el derecho civil de los pueblos" (Enc. Arcanum, 9; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 568). "Necesariamente había de seguirse de esto el que diesen a los príncipes seculares un derecho completo en los matrimonios, quitándoselo totalmente a la Iglesia, la cual, si alguna vez ha ejercido su potestad en la materia, ha sido, según ello, o por condescendencia de los príncipes o indebidamente; pero ya es tiempo, dicen, que los que gobiernan la república vindiquen varonilmente sus derechos, comenzando a intervenir, según el arbitrio, en todo cuanto diga relación al matrimonio. De aquí han nacido los que vulgarmente se llaman matrimonios civiles; de aquí las leyes consabidas sobre las causas que impiden el matrimonio; de aquí las sentencias judiciales sobre contratos conyugales válidos o viciosos. Finalmente, con tanto estudio ha sido quitada toda facultad a la Iglesia católica para determinar sobre el matrimonio, que ya no se tiene en cuenta ni su potestad divina ni las leyes previsoras con las cuales tanto tiempo ha vivido la sociedad, a la cual, juntamente con la sabiduría cristiana, llegó la luz de la civilización" (Enc. Arcanum, 10; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 568-569).

(87) "Ni prueba en contra la famosa distinción de los regalistas, con la cual disocian el contrato matrimonial del sacramento, a fin de entregar el contrato en mano de los Gobiernos Civiles, reservando el sacramento para la Iglesia. Porque de ningún modo puede admitirse esta distinción, mejor dicho, disgregación; siendo cosa averiguada que en el matrimonio cristiano no puede separarse el contrato del sacramento, y que por lo mismo no existe verdadero y legítimo contrato sin ser por el mismo hecho sacramento. Jesucristo Nuestro Señor aumentó el matrimonio con la dignidad del sacramento, y el matrimonio es el mismo contrato, si por ventura ha sido legítimamente celebrado. Allégase a esto que el matrimonio es sacramento por lo mismo que es señal sagrada que causa la gracia y que es la imagen de las místicas bodas de Cristo con la Iglesia, cuya forma y figura claramente expresa el vínculo de estrecha unión con el cual se unen entre sí el hombre y la mujer, y que no es otra cosa que el mismo matrimonio. Consta, pues, que entre cristianos, todo matrimonio legítimo es en sí y por sí sacramento, y que nada está más distante de la verdad que llamar sacramento a cierto ornato del matrimonio o cierta propiedad extrínseca que, al arbitrio de los hombres, pueda separarse del contrato. Por lo cual debemos confesar que ni por la razón ni por la historia de los tiempos puede probarse que la potestad acerca de los matrimonios cristianos haya pasado a los príncipes seculares. Y si en esta materia ha sido violado el derecho ajeno, nadie podrá con verdad decir que ha sido violado por la Iglesia" (Enc. Arcanum, 15; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 571-572).

(88) Carta "Novae condendae legis" a los Obispos de la provincia Vénetica sobre el matrimonio civil -8 de febrero de 1893-, contenida en la obra publicada por Acción Católica Española: Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias, ob. cit., 583-591.

(89) "No es ésta la ocasión de repetir aquí, punto por punto, las enseñanzas ya dadas, que están ante vuestros ojos y ante los de los fieles; pero no es inoportuno declarar una vez más que el poder civil puede establecer los efectos civiles del matrimonio, pero que debe dejar a la Iglesia lo que toca al matrimonio en sí mismo; que admita el hecho del verdadero y legítimo matrimonio tal como ha sido instituido por Jesucristo y practicado por la Iglesia, y después que tome las medidas que concedan o que nieguen los efectos consiguientes en la comunidad civil. En efecto, es un dogma de fe que el matrimonio de los cristianos ha sido elevado por Nuestro Señor Jesucristo a la dignidad de sacramento y no puede considerarse esta dignidad según la doctrina católica, como una cualidad accidental añadida al contrato de matrimonio, sino que es íntimamente esencial a él, desde que este contrato, por institución divina, ha llegado a ser sacramento. Vana, pues, sería la distinción entre un contrato y el sacramento, de la que quisiera inferirse que entre cristianos se puede contraer válidamente un matrimonio

que no sea un sacramento. Síguese de ahí que perteneciendo exclusivamente a la Iglesia la administración de los sacramentos es una usurpación sacrilega toda ingerencia de la autoridad política en el contrato matrimonial y no simplemente en sus efectos" (Carta "Novae condendae legis", 2; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 584-585).

(90) "Una ley, por tanto, que prescriba el ejercicio de la ceremonia civil antes del verdadero matrimonio que se contrae ante la Iglesia, tendría verdaderamente por objeto el contrato del matrimonio mismo y no sólo sus efectos civiles porque el Estado llegaría a disponer de la administración de un sacramento. Pero ningún otro poder fuera de aquel de quien depende esta administración puede y debe juzgar de las condiciones requeridas para celebrar el matrimonio, de la aptitud y de la capacidad de los contrayentes, así como de otras condiciones de las cuales depende que el matrimonio se contraiga lícita y válidamente. Y de nada vale decir que el poder civil con esta ley que anticipa la ceremonia civil, no toca al sacramento administrado por la Iglesia, y que ni lo reconoce ni lo niega, dejando a la voluntad de los contrayentes celebrar el matrimonio religioso después de la ceremonia civil. En realidad, una ley tal castigaría el matrimonio religioso, es decir, el verdadero matrimonio, declarándolo implícitamente ilícito en el caso en que no fuera precedido de la ceremonia civil; a no ser que se pretenda castigar un acto lícito. Por las penas con que amenaza la ley referida y que infligiría si estuviese sancionada en el caso de transgresión, no llegaría ciertamente a declarar nulo un matrimonio contraído según la ley de la Iglesia, porque se trata de un derecho natural y divino contra el cual no hay poder en el mundo que pueda prevalecer, pero pondría en práctica todos los medios para que se le considerara como nulo, para impedir sus deberes y para frustrar los efectos que de él se siguen legítimamente" (Carta "Novae condendae legis", 3; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 585-586).

(91) "De nada sirve repetir que el Estado deja en definitiva la libertad de unirse también en matrimonio delante de la Iglesia porque se deja asimismo una igual libertad de no presentarse ante la Iglesia y se introduce de hecho la persuasión errónea de que basta la ceremonia civil para vivir en legítimo matrimonio, lo que en realidad no es otra cosa que un abominable concubinato. Además, si la Iglesia, por justos motivos, no pudiese unir en matrimonio a los que se han casado civilmente, se verían éstos obligados a un celibato para el que no tienen ni voluntad ni vocación, o a pasarse la vida en una unión ilícita y escandalosa" (Carta "Novae condendae legis", 12; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 589).

(92) "Mas porque el capricho de los hombres quiso sustituir por el derecho humano el derecho natural y divino, no sólo empezó a horrorarse la elevadísima idea del matrimonio que la naturaleza había impreso y registrado en el corazón de los hombres, sino que también en los mismos matrimonios de cristianos, por los vicios de los hombres, se ha debilitado mucho aquella fuerza oscura de grandes bienes. ¿Qué bienes pueden, pues, esperarse de los matrimonios que empiezan desterrando a la religión cristiana, que es madre de todos los bienes, da fuerza para llegar a las mayores virtudes y excita e impele los ánimos a todo género de acciones nobles y generosas? Desachada y ahuyentada la religión, es inevitable que los matrimonios caigan otra vez en la servidumbre de la corrompida naturaleza humana y de los peores y más dominantes pasiones, quedándoles solo la protección de la honestidad natural. De esta fuente han brotado múltiples males, que no sólo han influido en el hogar de las familias, sino también en las sociedades. Pues perdido el saludable temor de Dios, y olvidado el cumplimiento de los deberes, que en ninguna parte ha sido nunca tan recomendado como en la religión cristiana, sucede lo que inevitablemente debe suceder, que apenas parecen soportables las cargas y las obligaciones del matrimonio, y que muchos que quieren librarse de un vínculo que creen les une tan sólo por su voluntad y por derecho humano, apenas aparecen la discordia o la fe violada por el cónyuge, el mutuo consentimiento u otras muchas causas les mueven a querer recobrar su libertad. Y si por ventura las leyes les prohíben satisfacer estos malos deseos, entonces proclaman que las leyes son inicuas e inhumanas y que están en pugna con el derecho de los ciudadanos libres, por cuya causa generalmente les parece que deben ser anticuadas y derogadas, y sustituidas por otra ley humana que permita el divorcio" (Enc. Arcanum, 18; "Col. Enc. y Cartas Pontificias", O. cit., p. 573-574).

(93) Encíclica Arcanum divinae sapientiae, 20; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", Ob. cit., p. 574-575.

(94) "Todas estas cosas son ciertamente muy claras, pero serán todavía más con el recuerdo de hechos pasados. Apenas ofrecieron las leyes seguro camino para los divorcios, se vió cuánto aumentaron las disensiones matrimoniales, los odios y las separaciones, llegando a tal punto la inmoralidad que a esto se siguió, que los mismos defensores del divorcio se hubieron de arrepentir, y se convirtieron en defensores de la indisolubilidad; pues si con leyes contrarias no se hubiese puesto remedio a tan graves males, hubiera debido temerse que la sociedad viniese a su completa ruina. Dicen que los antiguos romanos se horrorizaron cuando ocurrieron los primeros casos de divorcio. Mas al poco tiempo languideció en ellos el sentimiento de la honestidad, y extinguióse por completo el pudor moderador de las concupiscencias y comenzó a violar la fe conyugal con tan desenfrenada licencia, que parece muy verosímil lo que cuentan algunos autores, que muchas mujeres contaban sus años de vida, no por los cónsules, sino por los maridos que habían tenido. Del mismo modo, entre los protestantes se dictaron ciertamente, al principio, leyes que señalaban algunas causas por las cuales podía efectuarse el divorcio; éstas, sin embargo, a causa de la semejanza que existe entre ciertas cosas, vinieron a crecer tanto entre los alemanes, americanos y otros, que todos los que no eran necios grandemente, creyeron que debían llorar sobre la depravación de costumbres y la intolerable temeridad de las leyes. Y no sucedió de otro modo en las ciudades católicas, en que, por haberse dado lugar al divorcio, fueron tantos los males que se siguieron, que su espantoso número superó excesivamente la opinión de los legisladores, pues la maldad de muchos llegó a tal punto, que se entregaron a todo género de crueldades, injurias y adulterios, que luego servían de pretexto para disolver impunemente el vínculo matrimonial, que había llegado a serles de todo punto insoportable; y todo esto con tanto detrimento de la moral pública, que todos juzgaron ser necesario establecer cuanto antes leyes que remediasen tantos daños". "¿Y quién duda que los efectos de las leyes que favorecen el divorcio serán igualmente calamitosos si llegan a ponerse en práctica en estos tiempos?. No está ciertamente en manos de los hombres cambiar la índole y forma natural de las cosas; por lo cual interpretan mal y desacertadamente juzgan de la pública felicidad los que piensan que impunemente puede trastornarse el orden natural de las cosas; por lo cual interpretan mal y desacertadamente juzgan de la pública felicidad los que piensan que impunemente puede trastornarse el orden natural del matrimonio, y dejando a un lado la santidad de la religión y del sacramento, quieren rehacer y desfigurar el matrimonio con más torpeza que lo hubieran hecho los paganos. Con razón pueden temer las familias y la humana sociedad, si no se muda de consejo, verse arrojadas en el abismo de la más completa disolución, que es el propósito deliberado de socialistas y comunistas. Por donde puede verse cuán repugnante y absurdo es esperar la felicidad de los divorcios, que con seguridad conducen siempre a las sociedades a una ruina cierta" (Enc. Arcanum, 21-22; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 575-576).

(95) "Código de Derecho Canónico y Legislación complementaria", Biblioteca de Autores Cristianos, 11ª ed., Madrid 1978:

**Canon 1012:**

"Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados.

Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento".

**Canon 1013:**

"La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario.

La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza peculiar por razón del sacramento".

**Canon 1016:**

"El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio".

**Canon 1118:**

"El matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte".

(96) "Y comenzando por esa misma Encíclica, encaminada casi totalmente a vindicar la divina institución del matrimonio, su dignidad sacramental y su perpetua estabilidad, quede asentado, en primer lugar, como fundamento firme e inviolable, que el matrimonio no fue instituido ni restaurado por obra de los hombres, sino por obra divina; que no fue protegido, confirmado ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios, autor de la naturaleza, y de Cristo Señor, Redentor de la misma, y que, por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges. Esta es la doctrina de la Sagrada Escritura -Gen. 1,27-28; 2,22-23; Mt. 19,3 ss.; Eph. 5,23 ss.- ésta la constante tradición de la Iglesia Universal, ésta la definición solemne del santo Concilio de Trento, el cual, con las mismas palabras del texto sagrado, expone y confirma que el perpetuo e indisoluble vínculo del matrimonio, su unidad y estabilidad tienen por autor a Dios -Cóncl. Trid. sess. 24-. Más aunque el matrimonio sea de institución divina por su misma naturaleza, con todo, la voluntad humana tiene también en él su parte, y por cierto nobilísima, porque todo matrimonio, en cuanto que es unión conyugal entre un determinado hombre y una determinada mujer, no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos, y este acto libre de la voluntad, por el cual una y otra parte entrega y acepta el derecho propio del matrimonio -Cfr. C.I.C. c. 1081 párr.2-, es tan necesario para la constitución del verdadero matrimonio, que ninguna potestad humana lo puede suplir -Ibid.c. 1081 párr.1-. Es cierto que esta libertad no da mas atribuciones a los cónyuges que las de determinarse o no a contraer matrimonio y a contraerlo precisamente con tal o cual persona, pero está totalmente fuera de los límites de la libertad del hombre la naturaleza del matrimonio, de tal suerte que si alguien ha contraído ya matrimonio se halla sujeto a sus leyes y propiedades esenciales. Y así el Angélico Doctor, tratando de la fidelidad y de la prole, dice: Estás nacen en el matrimonio en virtud del mismo pacto conyugal, de tal manera que si se llegase a expresar en el consentimiento, causa del matrimonio, algo que les fuera contrario, no habría verdadero matrimonio -3,49,3-. Por obra, pues, del matrimonio se juntan y se funden las almas aun antes y más estrechamente que los cuerpos, y esto no con un afecto pasajero de los sentidos o del espíritu, sino con una determinación firme y deliberada de las voluntades; y de esta unión de las almas surge, porque Dios lo ha establecido así, un vínculo sagrado e inviolable" (Enc. Casti connubii, 3; en "Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias", ob. cit., p. 1610).

(97) "Comenzando ahora a exponer, Venerables Hermanos, cuáles y cuán grandes sean los bienes concedidos por Dios al verdadero matrimonio, se nos ocurren las palabras de aquel proclaramos Doctor de la Iglesia a quien recientemente ensalzamos en Nuestra encíclica Ad salutem, dada con ocasión del XV centenario de su muerte. Estos, dice San Agustín, son los bienes por los cuales son buenas las nupcias: la prole, la fidelidad, el sacramento -S. Agustín De bono coniug. 24,32-. De qué modo éstos tres capítulos contengan con razón una síntesis fecunda de toda la doctrina del matrimonio cristiano, lo declara expresamente el mismo Santo, cuando dice: En la fidelidad se atiende a que, fuera del vínculo conyugal, no se unan con otro o con otra; en la prole, a que ésta se reciba con amor, se críe con benignidad y se eduque religiosamente; en el sacramento, a que el matrimonio no se disuelva, y a que el repudiado no se una a otro ni aún por razón de la prole. Esta es la ley del matrimonio: no sólo ennoblece la fecundidad de la naturaleza, sino que reprime la perversidad de la incontinencia -S. Aug. De Gen. ad litt. 9, 7, 12- (Enc. Casti connubii, 5; en "Colección de Encíclicas y documentos Pontificios", ob. cit., p. 1611).

(98) "Se completa sin embargo, el cúmulo de tan grandes beneficios y, por decirlo así, hállese con aquel bien del matrimonio que en frase de San Agustín hemos llamado Sacramento, palabra que significa tanto la indisolubilidad del vínculo como la elevación y consagración que Jesucristo ha hecho del contrato, constituyéndolo signo eficaz de la gracia. Y en primer lugar, el mismo Cristo insiste en la indisolubilidad del pacto nupcial cuando dice: No separe el hombre lo que ha unido Dios -Mt. 19,6-, y: Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, adultera,

y el que se casa con la repudiada del marido, adúltera -Lc. 16,18-. En tal indisolubilidad hace consistir San Agustín lo que él llama bien del sacramento con estas claras palabras: Como sacramento, pues, se entiende que el matrimonio es indisoluble, y que el repudiado o repudiada no se una con otro, ni aún por razón de la prole -S. Aug. De Gen ad litt. 9, 7,12- (Enc. Casti connubii, 11; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1615-1616).

(99) "Esta inviolable indisolubilidad, aun cuando no en la misma ni tan perfecta medida a cada uno, compete a todo matrimonio verdadero, puesto que habiendo dicho el Señor, de la unión de nuestros primeros padres, prototipo de todo matrimonio futuro: No separe el hombre lo que ha unido Dios, por necesidad ha de extenderse a todo verdadero matrimonio. Aun cuando antes de la venida del Mesías se mitigase de tal manera la sublimidad y serenidad de la ley primitivas que Moisés llegó a permitir a los mismos ciudadanos del pueblo de Dios que por dureza de su corazón y por determinadas razones diesen a sus mujeres libelo y repudio, Cristo, sin embargo, revocó, en virtud de su poder legislador supremo, aquel permiso de mayor libertad y restableció íntegramente la ley primera, con aquellas palabras que nunca se han de echar en olvido: No separe el hombre lo que ha unido Dios. Por lo cual muy sabiamente escribió Nuestro antecesor Pío VI, de feliz memoria, contestando al Obispo de Agra: "Es pues, cosa clara que el matrimonio, aún en el estado de naturaleza pura y, sin ningún género de duda, ya mucho antes de ser elevado a la dignidad de sacramento propiamente dicho, fue instituido por Dios, de tal manera que lleva consigo un lazo perpetuo e indisoluble, y es, por lo tanto, imposible que lo desate ninguna ley civil. En consecuencia, aunque pueda estar separada del matrimonio la razón de sacramento, como acontece entre los infieles, sin embargo, aun en este matrimonio, por lo mismo que es verdadero, debe mantenerse y se mantiene absolutamente firme aquel lazo, tan íntimamente unido por prescripción divina desde el principio al matrimonio, que se contraiga, o se contrae de suerte que sea en realidad un verdadero matrimonio, y entonces llevará consigo el perpetuo lazo que por ley divina va anejo a todo verdadero matrimonio: o se supone que se contrae sin dicho perpetuo lazo, y entonces no hay matrimonio, sino unión legítima, contraria, por su objeto, a la ley divina, que por lo mismo no se puede lícitamente contraer ni conservar" -Pius VI, Rescript. ad Episc. Agriens., 11 iul 1789-" (Enc. Casti connubii, 12; en Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1616).

(100) "Y aunque parezca que esta firmeza está sujeta a alguna excepción, bien que rarísima, en ciertos matrimonios naturales contraídos entre infieles o también, tratándose de cristianos, en los matrimonios rotos y no consumados, tal excepción no depende de la voluntad de los hombres, ni de ninguna autoridad meramente humana, sino del derecho divino, cuya depositaria e intérprete es únicamente la Iglesia de Cristo. Nunca, sin embargo, ni por ninguna causa, puede esta excepción extenderse al matrimonio cristiano rato y consumado, porque así como en él resplandece la más alta perfección del contrato matrimonial, así brilla también, por voluntad de Dios, la mayor estabilidad e indisolubilidad, que ninguna autoridad humana puede desatar. Si queremos investigar, Venerables Hermanos, la razón íntima de esta voluntad divina, fácilmente la encontraremos en aquella significación mística del matrimonio, que se verifica plena y perfectamente en el matrimonio consumado entre los fieles. Porque, según testimonio del Apóstol, en su carta a los de Efeso -Eph. 5,32-, el matrimonio de los cristianos representa aquella perfectísima unión existente entre Cristo y la Iglesia: este sacramento es grande, pero yo digo, con relación a Cristo y a la Iglesia; unión, por lo tanto, que nunca podrá desatarse mientras viva Cristo y la Iglesia por Él. Lo cual enseña también expresamente San Agustín con las siguientes palabras: "Esto se observa con fidelidad entre Cristo y la Iglesia, que por vivir ambos eternamente no hay divorcio que los pueda separar; y esta misteriosa unión de tal suerte se cumple en la Ciudad de Dios..., es decir, en la Iglesia de Cristo..., que aún cuando, a fin de tener hijos, se casen las mujeres, y los varones tomen esposas, no es lícito repudiar a la esposa estéril para tomar otra fecunda. Y si alguno así lo hiciere, será reo del adulterio, así como la mujer si se une a otro: y esto por la ley del Evangelio, no por la ley de este siglo, la cual concede, una vez otorgado el repudio, el celebrar nuevas nupcias con otro cónyuge, como también atestigua el Señor que concedió a Moisés a los israelitas a causa de la dureza del



corazón" -S. Aug. De nupt. et concup. 1,10-" (Enc. Casti connubii, 12; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios, ob. cit., p. 1616-1617).

(101) Enc. Casti connubii, 13; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1617.

(102) "Pero en este bien del sacramento, además de la indisoluble firmeza, están contenidas otras utilidades mucho más excelsas, y aptísimamente designadas por la sabia palabra Sacramento; pues tal nombre no es para los cristianos vano ni vacío, ya que Cristo Nuestro Señor, fundador y perfeccionador de los venerables sacramentos -Con, Trid. sess. 24-, elevando el matrimonio de sus fieles a verdadero y propio sacramento de la Nueva Ley, lo hizo signo y fuente de una peculiar gracia indisoluble unidad, y los cónyuges fueran santificados. Y porque Cristo, al consentimiento matrimonial válido entre fieles lo constituyó en signo de la gracia, tan íntimamente están unidos la razón de sacramento y el matrimonio cristiano, que no puede existir entre bautizados verdadero matrimonio sin que por lo mismo sea ya sacramento -C.I.C. c. 1012-" (Enc. Casti connubii, 14; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1617-1618).

(103) "Hemos defendido hasta aquí, Venerables Hermanos, los dos primeros y por cierto muy excelentes beneficios del matrimonio cristiano, tan combatidos por los destructores de la sociedad actual. Mas porque excede con mucho a estos dos el tercero, o sea el del mismo sacramento nada tiene de extraño que veamos a los enemigos del mismo impugnar ante todo con mayor saña su excelencia. Afirman, en primer lugar, que el matrimonio es una cosa del todo profana y exclusivamente civil, la cual en modo alguno ha de ser encomendada a la sociedad religiosa, esto es, a la Iglesia de Cristo, sino tan solo a la sociedad civil; añaden, además, que es preciso eximir el contrato matrimonial de todo vínculo indisoluble, por medio de divorcios que la ley habrá, no solamente de tolerar, sino de sancionar; y así, a la postre, el matrimonio, despojado de toda santidad, quedará relegado al número de las cosas profanas y civiles. Como principio y fundamento establecen que sólo el acto civil ha de ser considerado como verdadero contrato matrimonial (matrimonio civil suelen llamarlo); el acto religioso, en cambio, es cierta añadidura que a lo sumo habrá de dejarse para el vulgo supersticioso. Quieren, además, que sin restricción alguna se permitan los matrimonios mixtos de católicos y escatólicos, sin preocuparse de la religión ni de solicitar el permiso de la autoridad religiosa. Y luego, como una consecuencia necesaria, excusan los divorcios perfectos y alaban y fomentan las leyes civiles que favorecen la disolución del mismo vínculo matrimonial" (Enc. Casti connubii, 29; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1627).

(104) Enc. Casti connubii, 32; en "Colección de Encíclicas y Documentos pontificios", ob. cit., p. 1628-1629.

(105) "Acerca del carácter religioso de todo matrimonio, y mucho más del matrimonio cristiano, pocas palabras hemos aquí de añadir, puesto que Nos remitimos a la Encíclica de León XIII que ya hemos citado repetidas veces y expresamente hecho Nuestra, en la cual se trata prolijamente y se defiende con graves razones cuanto hay que advertir sobre esta materia. Pero creemos oportuno el repetir sólo algunos puntos. A la sola luz de la razón natural, y mucho mejor si se investigan los vetustos monumentos de la historia, si se pregunta a la conciencia constante de los pueblos, si se consultan las costumbres e instituciones de todas las gentes, consta suficientemente que hay aun en el matrimonio natural, un algo sagrado y religioso, no advenedizo, sino ingénito; no procedente de los hombres, sino innato, puesto que el matrimonio tiene a Dios por autor, y fue desde el principio como una especial figura de la Encarnación del Verbo de Dios -Leo XIII. enc. Arcanum-. Esta naturaleza sagrada del matrimonio, tan estrechamente ligada con la religión y las cosas sagradas, se deriva del origen divino arriba conmemorado; de su fin, que no es sino el de engendrar y educar hijos para Dios y unir con Dios a los cónyuges mediante un mutuo y cristiano amor; y, finalmente, del mismo natural oficio del matrimonio, establecido, con providentísimo designio del Creador, a fin de que fuera algo así como el vehículo de la vida, por el que los hombres cooperan en cierto modo con la divina omnipotencia. A lo cual, por razón del sacramento, debe añadirse un nuevo título de dignidad que ennoblece

extraordinariamente al matrimonio cristiano, elevándolo a tan alta excelencia que para el Apóstol aparece como un misterio grande y en todo honroso -Cf. Eph. 5,32; Hebr. 13,4-. Este carácter religioso del matrimonio, con su excelsa significación de la gracia y la unión entre Cristo y la Iglesia, exige de los futuros esposos una santa reverencia hacia el matrimonio cristiano y un cuidado y celo también santos a fin de que el matrimonio que intenta contraer se acerque, lo más posible, al prototipo de Cristo y de la Iglesia" (Enc. Casti connubii, 30; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1627-1628).

(106) "Pero también contra todos estos desatinos, Venerables Hermanos, permanece en pie aquella ley de Dios única e irrefrenable, confirmada amplísimamente por Jesucristo: No separe el hombre lo que Dios ha unido -Mt. 19,6-; ley que no pueden anular ni los derechos de los hombres, ni las convenciones de los pueblos, ni la voluntad de ningún legislador. Que si el hombre llegara injustamente a separar lo que Dios ha unido, su acción sería completamente nula, pudiéndose aplicar en consecuencia lo que el mismo Jesucristo aseguró con estas palabras tan claras: Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otro, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera -Lc. 16,18-. Y estas palabras de Cristo se refieren a cualquier matrimonio, aun al solamente natural y legítimo, pues es propiedad de todo verdadero matrimonio la indisolubilidad, en virtud de la cual la solución del vínculo queda sustraída al beneplácito de las partes y a toda potestad secular. No hemos de echar tampoco en olvido el juicio solemne con que el Concilio Tridentino anatematizó estas doctrinas: Si alguno dijere que el vínculo matrimonial puede desatarse por razón de herejía, o de molesta cohabitación, o de ausencia afectada, sea anatema -Conc. Trid. sess. 24, c. 5-, y si alguno dijere que yerra la Iglesia cuando, en conformidad con la doctrina evangélica y apostólica, enseñó y enseña que no se puede desatar el vínculo matrimonial por razón de adulterio de uno de los cónyuges, y que ninguno de los dos, ni siquiera el inocente, que no dió causa para el adulterio, puede contraer nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge, y que adultera tanto el que después de repudiar a la adúltera se casa con otra, como la que, abandonado el marido, se casa con otro, sea anatema -Con. Trid. sess. 24, c. 7-. Luego si la Iglesia no erró no yerra cuando enseñó y enseña estas cosas, evidentemente es cierto que no puede desatarse el vínculo no aún en el caso de adulterio, y cosa clara es que mucho menos valen y en absoluto se han de despreciar las otras tan fútiles razones que pueden y suelen alegarse como causa de los divorcios" (Enc. Casti connubii, 33; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1629-1630).

(107) Encíclica Casti connubii, 34; en "Colección de Encíclicas y documentos pontificios", ob. cit., p. 1630-1631.

2.5.2. Con la proclamación de la Segunda República y en armonía con los principios de aconfesionalidad del Estado y la plena libertad de conciencia para profesar y practicar cualquier religión establecidos en la Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931 (108), vuelve a implantarse en nuestra legislación el régimen de matrimonio civil obligatorio por la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932 -"Gaceta", 3 de Julio- (109):

Ya antes de la publicación de la Ley de Matrimonio Civil que regularía los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio, se dictó una Orden Ministerial de fecha 10 de Febrero de 1932 -"Gaceta", 17- que declaró derogada la Real Orden de 28 de Diciembre de 1900 (110), y mandó que no se exigiese a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración previa alguna respecto de sus creencias, ni de la religión que profesen, quedando así el precepto del artículo 42 del Código Civil reducido a sus verdaderos límites de simple advertencia que solamente puede atender la conciencia de los interesados (111).

Aprobada y publicada la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932, a partir de la vigencia de la misma (112), sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que debería contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título IV, libro I del Código Civil, con las modificaciones que en la misma se establecían (113).

---

(108) "El Estado español no tiene religión oficial": Artículo 3º de la Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931. "No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas": Artículo 25 de la Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931. (Cfr. Enrique Ibarra Galván: "Leyes Políticas Españolas Fundamentales" -1808-1936-, 1ª ed., Madrid 1975; en ella: La Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931, p. 182-210).

(109) Ley del Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932 -"Gaceta", 3 de Julio-: Repertorio Cronológico de Legislación 1932. Aranzadi, 849.

(110) Cfr. Nota núm. 77.

(111) Orden de 10 de Febrero de 1932 -"Gaceta", 17-: Repertorio Cronológico de Legislación 1932. Aranzadi, 200.

En el artículo 1º disponía: "Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen".

(112) "La presente ley comenzará a regir a los 30 días, a contar desde el siguiente de su publicación en la Gaceta de Madrid"; Artículo 5º de la ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932. (Cfr. Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 849).

(113) Disponía el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932:

"A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del Libro primero del Código Civil, con las modificaciones siguientes:

1º: Los mayores de edad no están obligados a obtener ni acreditar el consejo a que se refiere el número primero del artículo 45 y el artículo 67 del Código Civil.

2º: La licencia que deben obtener los menores de edad se acreditará mediante documento autorizado por Notario, por el funcionario ante quien deba celebrarse el matrimonio o por el Juez municipal del domicilio del que haya de otorgarla, si no fuese elegido para la celebración del acto.

3º: Queda suprimido el impedimento señalado en el número cuarto del artículo 83 del Código Civil.

4º: No podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, sustituyéndose con esta disposición lo establecido sobre impedimentos en el número segundo, tercero y cuarto del artículo 84 del mismo Código.

5º: Al Juez de primera instancia del partido a que pertenezca el Juzgado municipal designado para la celebración del matrimonio corresponderá dispensar, a instancia de parte y mediante justa causa, los impedimentos nacidos de la consanguinidad en tercer grado entre colaterales, de la afinidad en línea colateral, el comprendido en el número segundo del artículo 45 del Código Civil y los referentes a los descendientes del adoptante con el adoptado. El mismo Juez de primera Instancia podrá dispensar la publicación del edicto por las causas que se indican en el artículo 92 del referido Código.

6º: El matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código Civil, omitiendo la lectura del artículo 57 de dicho cuerpo legal" (Cfr. Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 849).

Una orden de 14 de Julio de 1932 -"Gaceta", 16 -fija las disposiciones reglamentarias que se han de aplicar en las dispensas de publicación de edictos y de impedimentos y establece los nuevos modelos de las actas del único matrimonio reconocido por la ley, el civil, a efectos de su inscripción en los libros de la Sección de Matrimonios del Registro Civil (Cfr. Rep. Cron. Leg. 1932, Aranzadi, 912).

3. Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y divorcio y Reglas Transitorias 3ª, 4ª y 5ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.

Con anterioridad a la promulgación de las leyes republicanas que regularían el derecho de familia, el poder civil, de cuya intención de reivindicar las atribuciones de que el Estado había hecho dejación en manos de la Iglesia en materia matrimonial nadie dudaba, iba a vindicar las funciones de soberanía relativas al orden jurisdiccional:

Ya la Srta. Campoamor, aprovechando su intervención en la sesión del día 15 de Octubre de 1931 -NUM. 57- para contestar, en nombre de la Comisión, al Sr. Ossorio y Gallardo, que había asumido la defensa de un voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola al artículo 41 del proyecto de Constitución encaminado a pedir que la materia del divorcio se excluya totalmente en la Constitución y quede confiada a una ley, y hablando dentro del tema del divorcio, plantea a modo de sugerencia al Sr. Ministro de Justicia, y en estos términos, el tema: Que decaído el Concordato celebrado entre su Santidad el Sumo Pontífice Pío IX y S.M. Dª Isabel II en 16 de Marzo de 1851, y habiendo recaído desde la proclamación de la República acá sentencias de divorcio en juicios canónicos, algunas de las cuales están basadas en motivos que no son delito en la ley penal ni son causa de divorcio en la ley civil, se tenga presente, cuando se traiga la ley civil que regule el matrimonio y el divorcio, esta circunstancia y que, al ámbito de la jurisdiccionalidad del Poder público, no se lleven a la nueva ley las consecuencias civiles del divorcio cuanto éste haya sido acordado por una sentencia del Tribunal canónico dictada con posterioridad al 14 de Abril del año en que la República española sustituye al régimen monárquico:

"... Y si yo me he levantado esta tarde, en nombre de la Comisión por encargo de mis compañeros, a contestar

al Sr. Ossorio y Gallardo, ha sido porque, además, quería aprovechar este momento para, hablando dentro del tema del divorcio, ofrecer una sugestión al Sr. Ministro de Justicia, que no ha querido exponer en los momentos en que se discutía la cuestión religiosa, por entender que la Comisión, como fue acuerdo suyo, debía limitar sus intervenciones. Y es la siguiente: decaído el Concordato, decaído por declaraciones hechas en la Cámara por dos figuras interesantes de la política, el Sr. Alcalá-Zamora y el Sr. Ministro de Justicia lo que es el verdadero principio, y, realmente, me costaba trabajo contener mis palabras para no contestar a uno de los Sres. Diputados que sostenían la vigencia del Concordato, porque hasta los más modernos tratadistas italianos, como el mismo Ogetti, mantienen la tesis, lógica y justa, de que el Concordato concertado con un régimen decae naturalmente al ser este sucedido por otro; Concordato concertado con una Monarquía no puede ser mantenido por una República. No hay subrogación que podamos aceptar en régimen republicano de aquellos deberes que se pactaron en régimen monárquico.

Pero existe una razón más como justificación de esto, y es que el Concordato con la Santa Sede está concertado, no por la Nación Española, ni en nombre de la Nación Española; está concertado por Isabel II y por Su Santidad Pío IX. Decaído está el Concordato, y la sugestión que quería hacer al Sr. Ministro de Justicia era la siguiente: desde la proclamación de la República acá han recaído sentencias de divorcio en juicios canónicos, algunas de las cuales -y no quiero molestar a la Cámara con particularismos- están basadas en motivos que no son delito en la ley penal ni son causa de divorcio en la ley civil. Me referiré concretamente a una de ellas; por ejemplo, se acuerda el divorcio, por sentencia canónica, alegando el abandono del cónyuge, el abandono de la mujer por el marido, por cambio de domicilio, cuando en nuestra ley civil, hasta hoy, el domicilio del matrimonio es el del

marido, no el de la mujer, y con ello resulta que por una sentencia canónica se dicta un divorcio de esta naturaleza, contraria a la ley civil, y ésta tiene que acatar el resultado de esta sentencia canónica y llevarla a las derivadas consecuencias civiles. La sugestión, digo, que quería ofrecer al Sr. Ministro de Justicia es que cuando se traiga la ley civil que regule el matrimonio y el divorcio atendiendo a un problema que es netamente jurídico, al ámbito de la jurisdiccionalidad del Poder público, una vez decaído el Concordato y, por consiguiente, lo que se deriva del mismo, se tenga presente, tanto lo que dice el artículo 75 del Código Civil, que dice que los católicos, para la celebración del matrimonio, se atenderán a las disposiciones del Concilio de Trento, como en los artículos 80, 81 y 82 del mismo Cuerpo legal, que se ocupan de las consecuencias civiles del divorcio canónico; se tenga presente, repito, que el Concordato está decaído y que, por consiguiente, no se lleven a nueva ley las consecuencias civiles del divorcio cuando éste haya sido acordado por una sentencia del Tribunal canónico dictada con posterioridad al 14 de Abril del año en que la República española sustituye al régimen monárquico" (114).

3.1. El Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y divorcio -"Gaceta", 4-.

Esta sugerencia de la Srta. Campoamor vino a recogerse explícitamente en el Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 (115):

En el preámbulo de dicho Decreto se afirma que corresponde al Gobierno de la República establecer, hasta tanto no se cumpliera en toda su integridad el designio confiado a la República española de devolver al poder civil las atribuciones de que el Estado había hecho dejación en manos de la Iglesia, que sería plenamente realizado cuando se estructurase en leyes

orgánicas el régimen de separación de ambas potestades, las medidas de urgencia encaminadas a vindicar, en interés de la vida ciudadana, las funciones de soberanía por naturaleza indelegables, entre las que destacan las pertinentes al orden jurisdiccional; paradójicamente, dice el preámbulo, el Decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868 sobre unificación de fueros, en el que más tarde se inspirara el Código civil, entregó a los Tribunales eclesiásticos el conocimiento de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios canónicos, otorgando a la Iglesia más de lo que ésta recaba para el cumplimiento de sus fines, de donde, reconocida plena eficacia civil a las sentencias de los Tribunales eclesiásticos, resultó que el fallo de una entidad extraña a la soberanía del Estado venía a crear, modificar y extinguir derechos civiles cuya salvaguardia es de la exclusiva de éste:

En efecto, conforme a la legislación civil vigente, los Tribunales eclesiásticos entendían exclusivamente de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios canónicos (116), atribuyéndose a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer y decidir de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios civiles (117) y, en todo caso, la adopción de las medidas provisionales y la ejecución en la parte relativa a los efectos civiles de las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en esta materia (118).

De ahí que, como medida de urgencia que amparara a los ciudadanos en el disfrute de sus derechos civiles, se dictara de modo provisional el Decreto de 3 de Noviembre de 1931, por el que se otorga a los Tribunales ordinarios la competencia exclusiva para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio y nulidad de matrimonio, cualquiera que fuera la forma de su celebración (119): las causas para interponer dichas demandas y la acción que en su caso se ejercitase se regularía por lo dispuesto en los artículos 101 a 107, inclusive, del Código civil (120), estándose, en cuanto a los efectos de la nulidad y del divorcio a lo establecido en los artículos 67 a 74, inclusive, del mismo cuerpo legal (121). Los pleitos



sobre divorcio y nulidad de matrimonio se sustanciarían, consecuentemente, por el procedimiento para el juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento por el que se tramitaban los pleitos de nulidad y de divorcio de los matrimonios civiles (122).

Respecto a las medidas provisionales del artículo 68 del Código civil que se hubieran adoptado por el Juez civil en orden a la substanciación de pleitos sobre divorcio o nulidad que estuviesen tramitándose ante los Tribunales eclesiásticos al tiempo de la publicación del Decreto de 3 de Noviembre de 1931, quedarían anuladas, a instancias de uno de los cónyuges litigantes, si en el plazo de dos meses, a contar desde su publicación en la "Gaceta" de Madrid, no se acreditara haber sido interpuesta y admitida ante los Tribunales ordinarios la respectiva demanda (123).

Los efectos civiles de las ejecutorias sobre divorcio o nulidad de matrimonio emanadas de los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al 14 de Abril de 1931 quedarían suspensos mientras el litigante a cuyo favor hubiere sido pronunciada la sentencia no obtuviera de los Tribunales ordinarios el reconocimiento de su derecho al divorcio o a la declaración de nulidad por el modo que dicho Decreto establecía, siendo el único modo que el Decreto de 3 de Noviembre de 1931 establecía el de interponer ante la jurisdicción ordinaria la respectiva demanda de divorcio o nulidad del matrimonio: Consecuencia de ello era que quedaba sin efecto el modo de inscripción en el Registro Civil dispuesto por el artículo 82 del Código civil respecto de las sentencias firmes de divorcio o nulidad de matrimonio dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al 14 de Abril de 1931, sin que respecto a las mismas pudieran acordar los Tribunales de la jurisdicción ordinaria resolución alguna referente a la ejecución en lo que atañe a los efectos civiles (124).

Un artículo adicional proclamaba que el mismo dejaba subsistente, a virtud del derecho interno de la Iglesia, como persona jurídica, cuanto concirñera al procedimiento canónico de los matrimonios contraídos ante la Iglesia católica (125).

3.1.1. El Decreto de 3 de Noviembre de 1931, quizá uno de los más desafortunados de la legislación republicana, suscitó grandes polémicas y fue objeto de las más duras críticas tanto por parte de la Iglesia (126) como por parte de eminentes juristas (127):

a) En el memorandum presentado por el Nuncio Apostólico Mons. Tedeschini, al Excmo. Sr. Ministro de Estado, con fecha 12 de Noviembre de 1931, se expresa la más viva y firme protesta de la Santa Sede contra el Decreto emanado del Ministerio de Justicia y publicado en la Gaceta Oficial del 4 sobre la exclusiva competencia de los Tribunales civiles para conocer con efectos civiles de las demandas sobre divorcio y nulidad del matrimonio cualquiera que sea la forma de su celebración (128):

Ante todo, y prescindiendo de la violación del Concordato, la aludida disposición ministerial representa "un agravio a la sagrada y exclusiva potestad de la Iglesia sobre las causas matrimoniales de los católicos". Para la Iglesia y para los católicos el matrimonio no solamente tiene aquel carácter religioso y sagrado, que nace de sus altísimos fines aún dentro de un orden puramente natural, sino que constituye un verdadero sacramento, esencial e inseparablemente unido al mismo contrato matrimonial, y que hace de él una cosa espiritual, cuya regulación pertenece por derecho propio y nativo a la jurisdicción eclesiástica. Ese derecho nativo de la Iglesia, fundado en la jurisdicción establecida por Cristo Nuestro Señor, y en la misma naturaleza del contrato matrimonial entre católicos, "ha sido reconocido y aceptado, de ningún modo delegado ni entregado, por la legislación del Estado español a través de los siglos", y ese derecho, que es al mismo tiempo derecho civil por lógica aceptación y reconocimiento que de él hizo el Estado, viene a ser derogado por un simple decreto ministerial dado al margen del mismo Parlamento en funciones constituyentes, decreto que va por tanto contra el mismo Código civil español (129).

El Decreto, continúa Mons. Tedeschini, es además atenta

torio a la misma libertad de conciencia, proclamada últimamente por el Estado Español, pues al decretarse que las sentencias canónicas no surten efectos civiles, forzosamente se obliga a los católicos a acudir a los jueces seculares, y a acatar las sentencias de los Tribunales civiles en causas que atañen a lo que ellos estiman un Sacramento de su Augusta Religión, sin que pueda servir de excusa a ello su artículo adicional, pues el hacer depender los efectos civiles exclusivamente del fallo de los Tribunales ordinarios, el Decreto obliga a los católicos a acudir a los Tribunales civiles, y por tanto los coacciona.

La protesta del Nuncio Apostólico se acentúa al comentar la disposición que se refiere a la retroactividad que da el Decreto a sus prescripciones: "Disposición es ésta, que entraña en primer lugar un desaire singular a los tribunales eclesiásticos, que entendieron de esas demandas conforme a las leyes de la Iglesia y del mismo Estado; y constituye en segundo lugar un atentado contra los derechos adquiridos de los litigantes, sin que éstos tengan otra culpa que la de haber seguido el único procedimiento legítimo que el mismo Estado les tenía establecido. Llega finalmente esta disposición a constituir atropello contra la santidad de la cosa juzgada, y juzgada por cierto en conformidad con la doble legislación canónica y civil".

Formula a continuación Mons. Tedeschini las quejas de la Santa Sede contra algunas de las afirmaciones contenidas en el prólogo del Decreto: Se afirma que el Poder civil había hecho dejación de sus atribuciones en manos de la Iglesia, y que al Gobierno corresponde vindicar las funciones de soberanía por naturaleza indelégables, mas estas afirmaciones carecen de fundamento, pues las atribuciones que la Iglesia ha venido ejercitando en materia matrimonial entre católicos, todas ellas son suyas propias y exclusivas, dadas por Cristo Nuestro Señor, que le otorgó autoridad privada en todos los Sacramentos, viniendo el Estado a adoptar como leyes propias o los efectos civiles las mismas leyes por la Iglesia dictadas sobre el matrimonio

y como fallos suyos los fallos del Poder judicial de la misma, sancionando sin embargo, aún en estos casos, los correspondientes efectos por medio las leyes del propio Estado. No es cierta tampoco la afirmación de que fue el Decreto-ley de unificación de fueros, de 6 de Diciembre de 1868, el que entregó a los Tribunales eclesiásticos el conocimiento de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios canónicos, pues basta recorrer la legislación española desde tiempos remotísimos para convencerse de que no desde el año 1868, sino siempre en España, con brevísimas interrupciones debidas a épocas transitorias de persecución antirreligiosa, han ejercido los "Tribunales eclesiásticos la indicada potestad, con expreso reconocimiento, no precisamente otorgamiento, del Poder civil (130). Es inexacta y hasta inexplicable para quien conozca la doctrina de la Iglesia y sus disposiciones legales acerca del matrimonio católico y de su competencia exclusiva, en lo que toca a la esencia del contrato matrimonial, a sus propiedades y al conocimiento judicial de sus causas, la afirmación de que el Decreto-ley de unificación de fueros, al entregar las dichas atribuciones a los Tribunales eclesiásticos, otorgó a la Iglesia "más de lo que ella recaba para el cumplimiento de sus fines".

Por todo lo cual, concluye el representante pontificio en España, la Santa Sede está en el deber, penoso pero inevitable de presentar al Gobierno de la República una protesta en la que el respecto, que el Gobierno merece, sea igual a la firmeza con que incumbe a la Santa Sede amparar los Sagrados derechos suyos, de la Santa Iglesia, de la Nación Católica Española y de los fieles, ya que con las disposiciones del citado Decreto se infringe el Concordato, se viola, con el Código Civil, el Código de Derecho Canónico, el cual es también ley de la República, se causa turbación y coacción a la conciencia de los católicos, poniéndoles en el duro trance de tener que soportar por esta causa conflictos espirituales, y finalmente al darse al Decreto efecto retroactivo se conculcan derechos legítimos adquiridos, se menosprecia la actuación de los Tribunales eclesiásticos, y se atenta contra el valor universal de la cosa juzgada.

b) Al canonista católico, D. Jaime Torrubiano Ripoll, que escribe sin embargo, no como católico, sino como hombre de leyes avanzadas y especializado en Derecho matrimonial, se debe el estudio más crítico del Decreto de 3 de Noviembre de 1931 (131).

Si hasta ahora hubiera existido la ley de matrimonio civil único legal, dice el Sr. Torrubiano, tendría explicación la disposición del artículo 1º del Decreto, mas si la doctrina y la legislación civil española hasta ahora vigente atribuía a los Tribunales eclesiásticos la competencia exclusiva de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios canónicos, y a los Tribunales civiles la de los matrimonios civiles y lo relativo a los efectos civiles de ambos matrimonios, ¿qué culpa tiene el ciudadano de haberse acogido a unas leyes hasta ahora vigentes, buenas o malas, pero leyes al fin, para que de la adquisición de derechos por ellas amparados haya de resultarle ahora daño para su conciencia? Esto es dar efecto retroactivo a una ley civil. Pero seamos tolerantes y digamos: Puesto que la mayor parte de los matrimonios canónicos se han contraído, hasta el presente, por rutina, más bien que por fe religiosa, consideremos ciertamente urgente, prevenible, por tanto, por decreto, liberar a los aims racionalistas de la tortura de comparecer ante Tribunales eclesiásticos, y, quitando a los Tribunales eclesiásticos la exclusiva de la competencia para entender en causas derivadas del matrimonio canónico, ótérguese también competencia a los Tribunales civiles, para que el ciudadano acuda al fuero que más le plazca; esto es aceptable, jurídicamente hablando. Pero liberar al ciudadano racionalista de la tortura de comparecer ante los Tribunales eclesiásticos, y someter a los católicos a la tortura de tener que comparecer en una causa canónica ante los Tribunales civiles, cuando su disciplina religiosa los obliga gravemente a no comparecer ante ellos en dichas causas, es de una injusticia que subleva. Dése luego, o cuando quiera, la ley de matrimonio civil único legal, si así se considera necesario; y, a partir de ella, por tanto, será natural que de todos los pleitos que surjan con ocasión

del matrimonio entiendan exclusivamente los Tribunales civiles.

Los ciudadanos españoles, señala el Sr. Torrubiano, se casaron al amparo de las leyes civilmente vigentes, y han estado, hasta ahora, vigentes civilmente lo mismo el matrimonio civil que el matrimonio canónico. Por consiguiente, los ciudadanos que canónicamente se casaron tienen derecho a que se les aplique la ley bajo cuya regulación se casaron, y que esta ley la aplique, al menos para los que así lo quisieren, la jurisdicción a que voluntariamente se sometieron al amparo de la misma ley: Si las causas de nulidad por Derecho canónico más que las que señala el artículo 101 del Código Civil, puede que un matrimonio que se celebró canónicamente sea nulo por alguna de las muchas causas que figuran en los cánones y no figuran en el artículo 101, y por un plumazo poco meditado del Sr. De los Ríos pierden los supuestos cónyuges el derecho de hacer valer la nulidad de su matrimonio. No se puede privar de derecho legítimamente adquirido, cuando, principalmente, como ocurre en este caso, no se acarrea ningún público bien. ¿Por qué los que celebraron matrimonio nulo, por haber contratado en condiciones que lo hacían nulo, han de continuar matrimonialmente unidos, porque la causa de la nulidad no esté contenida en el artículo 101 del Código Civil?

El artículo 2º del Decreto es lógica consecuencia del artículo 1º: no le parece mal el procedimiento al Sr. Torrubiano, siempre y cuando el Tribunal Civil aplicara las leyes canónicas correspondientes para los matrimonios canónicos, pues éstos, bajo aquéllas se celebraron y no bajo las puramente civiles.

Se propone su artículo 3º que los que tengan presentada demanda de divorcio o nulidad y en trámite el expediente ante los Tribunales eclesiásticos, abandonen la acción y la comiencen nuevamente ante los Tribunales civiles, y para obligar a este abandono deja sin efecto, a los dos meses, los derechos adquiridos en virtud del artículo 68 y concordantes. Volvemos a lo

mismo, dice el Sr. Torrubiano: Procede que se de opción al fuero civil o al fuero eclesiástico, con derecho a prevención. Y todavía más procede esta conducta cuando se trata de abandonar una acción en curso, a que obliga el artículo 3º del Decreto, que cuando se trata de iniciarla, porque aquí, aparte de las razones arriba aducidas, está el tiempo perdido en el pleito, los gastos realizados, la prolongación de la situación anormal en que los trámites de divorcio y nulidad colocan a los cónyuges y a los hijos; y para causar estos daños a tantos ciudadanos no se ve razón alguna de interés público.

El artículo 4º del Decreto es, según el Sr. Torrubiano, el colmo de arbitrariedad: Se llega al colmo antijurídico de considerar caducadas las ejecutorias sobre divorcio o nulidad de matrimonio emanadas de los Tribunales eclesiásticos. De manera que los que, en virtud de las leyes hasta ahora vigentes, adquirieron un estado civil firme de solteros o de divorciados o de nuevamente casados, con todas las consecuencias familiares, sociales y económicas a dicho estado anejas, no adquirieron nada, no tuvieron nada, han de comenzar otra vez. Muchos de los ejecutoriados de nulidad matrimonial por los Tribunales eclesiásticos contrajeron nuevo matrimonio. ¿Qué será de ellos?. Pues que para los efectos civiles no vale sino el anterior matrimonio, y ahora quedan incurso en el delito de bigamia.

El artículo adicional parece un sarcasmo, dice el Sr. Torrubiano: Después de lo que acaba de decretar D. Fernando, le perdona la vida a la Iglesia. ¿Quien es un Ministro de Justicia para dejar subsistente en la Iglesia lo que le corresponde por su derecho interno?. Una persona jurídica posee sus derechos internos por su propia naturaleza, no por otorgamiento del Poder civil, que no puede hacer más que la justicia de reconocerlos o cometer la injusticia de atropellarlos.

Y tras su crítica al Decreto de 3 de Noviembre de 1931, el Sr. Torrubiano ofrece un programa perfectamente liberal en la materia del Decreto, un programa hecho al menos con sentido jurídico (132):

Quítese, dice, toda traba para que todos los ciudadanos puedan libremente optar por el matrimonio civil o por el canónico con igualdad de efectos civiles. Promúlguese una ley de divorcio, aplicable únicamente a los matrimonios civiles, por lo que se refiere a los matrimonios que se celebren en adelante. La competencia para las causas que se deriven de los matrimonios civiles que se celebren en adelante, sea exclusiva de los Tribunales civiles; la correspondiente a los matrimonios canónicos, exclusiva de los Tribunales eclesiásticos. Lo que ocurrirá es lo siguiente: los católicos sin divorcio vincular, y ante la necesidad muchas veces de que lo haya, u convencidos de que la indisolubilidad absoluta de los matrimonios consumados entre los cristianos no es de derecho divino, sino eclesiástico, que puede mudar, o irán abandonando poco a poco el matrimonio canónico para aceptar el civil -porque también las formas puramente civiles del matrimonio pueden, de derecho absoluto, contener el sacramento- que llevará divorcio, u obligarán a la Iglesia a rendirse y a introducir, como puede hacerlo, el divorcio vincular en el Derecho canónico. Y ambas cosas, y cualquiera de las dos solas, será un gran paso: o que la Iglesia acepte la forma civil, canonizándola, o que introduzca el divorcio vincular en su propia disciplina. Porque, de lo contrario, se quedará sin súbditos el cuerpo de la Iglesia, sea lo que fuere del alma de ella, que puede quedar incólume o ensanchada todavía.

Por lo que se refiere a los matrimonios celebrados hasta el momento presente, sabido es que hasta hoy no han tenido los españoles verdadera libertad en la aceptación de una u otra forma de matrimonio, canónico o civil. Por consiguiente, el sentido jurídico y el sentido político aconsejan de mutuo acuerdo que se tomen las siguientes resoluciones: La ley de divorcio vincular será aplicable por igual a todos los matrimonios, canónicos o civiles, celebrados hasta el momento de publicar las disposiciones arriba propuestas. Para causas de nulidad y divorcio no vincular serán competentes indistintamente, para matrimonios canónicos, los Tribunales civiles y los Tribunales eclesiás-



ticos, dándose lugar a la prevención, si no se ponen de acuerdo los cónyuges. En ambos casos, se acuda al Tribunal civil o se acuda al eclesiástico, se tramitarán los pleitos por la ley canónica, que ha sido también civil, al amparo de la cual se celebraron los contratos matrimoniales. Desde luego, las ejecutorias producirán su efecto y los expedientes en trámite seguirán su curso con el valor civil que venían teniendo hasta ahora.

Esto es lo único jurídico y lo único político. No conduce a nada, concluye el Sr. Torrubiano, dañar a muchos ciudadanos y zaherir a la Iglesia, cuando de por medio no se atraviesa el bien público de la sociedad.

c) La repulsa de los Obispos al Decreto de 3 de Noviembre de 1931 fue también unánime: En la carta colectiva del episcopado español, de 20 de Diciembre de 1931 -respuesta oficial de la jerarquía de España a la Constitución recién aprobada- los obispos dedican todo un párrafo directamente referido al contenido del Decreto (133):

"Infausto para la jurisdicción del Estado fue el Decreto provisional con que se precipitó la nueva legislación acerca del matrimonio, negando la potestad judicial de la Iglesia en las causas matrimoniales y suspendiendo los efectos civiles de las ejecutorias sobre divorcio o nulidad de matrimonio emanadas de los Tribunales eclesiásticos desde el advenimiento de la República. Incalificable atentado jurídico, que sólo una ofuscación sectaria pudo producir, porque no se puede obligar a comparecer en causa canónica ante el tribunal civil a quienes su confesión religiosa se lo veda en conciencia para tales causas; no es lícito dar efectos retroactivos obligatorios a las leyes civiles posteriores sin exigencias indeclinables del bien público, y no cabe sustraer los matrimonios contraídos canónicamente a la norma innegable de que tales contratos han de regirse perpetuamente por la ley que los regulaba cuando tuvieron efecto".

de 1931-1933: Tomo III, p. 1747-1748 (Nos hemos de referir en adelante a esta obra con el nombre de "Diario de Sesiones")

(115) Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y divorcio -"Gaceta", 4-: Repertorio Cronológico de Legislación 1931, Aranzadi, 1383.

El término "divorcio" se usa en este Decreto refiriéndose al divorcio menos pleno o imperfecto, institución jurídica que no lleva aneja la disolución del vínculo, sino que produce solamente la suspensión de la vida conyugal sin ruptura del vínculo: La finalidad de este Decreto no fue la de regular la institución jurídica del divorcio vincular, sino la de vindicar las funciones de soberanía en materia matrimonial que el poder civil había hecho dejación en manos de la Iglesia, y entre éstas, de modo especial, las pertinentes al orden jurisdiccional.

(116) El artículo 80 del Código civil, que recogía lo dispuesto en el artículo segundo párrafo segundo del Decreto de unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868, disponía: "El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde a los Tribunales eclesiásticos" (Cfr. Notas núms. 45 y 78 de esta tesis).

(117) Disponía el artículo 103 del Código civil: "Los Tribunales civiles conocerán de los pleitos de nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a las disposiciones de éste capítulo, adoptarán las medidas indicadas en el artículo 68, y fallarán definitivamente". A su vez, el artículo 107 del mismo cuerpo legal decía: "Lo dispuesto en el artículo 103 será aplicable a los pleitos de divorcio y a sus incidencias". (Cfr. Nota núm. 79 de esta tesis doctoral).

(118) Disponía el artículo 67 del Código Civil: "Los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios". En consecuencia, a la jurisdicción ordinaria correspondía, en todo caso, la adopción de las medidas provisionales contenidas en el artículo 68 del Código civil -artículo 67 en relación con los artículos 103 y 107, todos del Código civil-, y la ejecución en la parte relativa a los efectos civiles de las sentencias firmes de nulidad o divorcio del matrimonio, fueran dictadas por los Tribunales eclesiásticos o por la jurisdicción ordinaria -art. 67 en relación con el artículo 82, ambos del Código civil-. Disponía este artículo 82 del Código civil: "La sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro Civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles" (Cfr. Nota núm. 80 de esta tesis).

(119) Artículo 1º párr. primero del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: "Los Tribunales ordinarios serán los únicos competentes para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio y nulidad de matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración".

(120) Artículo 1º párr. segundo del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: Las causas para interponer dichas demandas y la acción que en su caso se ejercite se regularán por lo dispuesto en los artículos 101 a 107, inclusive, del Código civil".

El artículo 101 del Código Civil señalaba las causas de nulidad del matrimonio civil, únicas que, en adelante, podían invocarse por las que hubiera contraído matrimonio canónico; a su vez, el artículo 105 del mismo cuerpo legal señalaba las causas legítimas de divorcio del matrimonio civil, que, en adelante, serían, de igual modo, las únicas que podían alegarse por los que hubiesen contraído matrimonio canónico.

(121) Artículo 1º párr. tercero del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: "En cuanto a los efectos de la nulidad y del divorcio se estará a lo establecido en los artículos 67 a 74, inclusive, del mismo cuerpo legal".

(122) Artículo 2º del Decreto de 3 de Noviembre de 1931:

"Los pleitos sobre divorcio y nulidad de matrimonio se substanciarán por el procedimiento para el juicio ordinario de mayor cuantía.

Recaída sentencia, el Juez de primera instancia elevará los autos a la Audiencia Territorial, la que, oídas las partes, si se personaren, y siempre el Ministerio público, confirmará, modificará o revocará la sentencia, según estime procedente".

El número tercero del artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a su redacción originaria, disponía: "Se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía: ...las relativas -"demandas"- a derechos políticos y honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas".

(123) Artículo tercero del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: "Las disposiciones del artículo 68 del Código Civil y las derivadas de preceptos legales concordantes que se hubieren adoptado en orden a la substanciación de pleitos sobre divorcio o nulidad de que en la actualidad conozcan los Tribunales eclesiásticos, quedarán anuladas, a instancias de uno de los cónyuges litigantes, si en el plazo de dos meses, a contar desde la publicación de este Decreto, no se acredita haber sido interpuesta y admitida ante los Tribunales ordinarios la respectiva demanda".

Naturalmente que, interpuesta y admitida demanda sobre nulidad de matrimonio o sobre divorcio ante los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la publicación del Decreto de 3 de Noviembre de 1931, el Juez civil no podía adoptar estas medidas provisionales a que se refiere el artículo 68 del Código civil, por cuanto los Tribunales ordinarios eran los únicos competentes para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio y nulidad de matrimonio, cualquiera que fuera la forma de su celebración.

(124) Artículo 4º del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: "Los efectos civiles de las ejecutorias sobre divorcio o nulidad de matrimonio, emanadas de los Tribunales eclesiásticos, quedarán suspendidos mientras el litigante a cuyo favor hubiere sido pronunciada la sentencia no obtenga de los Tribunales ordinarios, por el modo que establece este Decreto, el reconocimiento de su derecho al divorcio o a la declaración de nulidad.

No se procederá a la inscripción en el Registro civil de las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al 14 de abril del corriente año, ni respecto a las mismas acordarán los Tribunales de la jurisdicción ordinaria en sus distintos grados, resolución alguna referente a la ejecución en lo que atañe a los efectos civiles y principalmente en cuanto se relacione con lo prevenido en los artículos 1432 y siguientes del Código civil".

(125) Artículo adicional del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: "El presente Decreto deja subsistente, a virtud del derecho interno de la Iglesia, como persona jurídica, cuanto concierne al procedimiento canónico de los matrimonios contraídos ante la Iglesia Católica".

(126) En su trabajo "El Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y divorcio" -Revista Española de Derecho Canónico, núm. 83, Mayo-Agosto 1973, volumen XXIX, p. 461-472-, el Sr. Arbeloa y Muru recoge diversas críticas, especialmente por parte de los representantes de la Iglesia, al Decreto de 3 de Noviembre de 1931.

(127) Torrubiano Ripoll, Jaime: "El Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre la competencia de los Tribunales ordinarios en los pleitos de nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos": Ed. Morata, Madrid, 1931.

(128) Memorandum del Nuncio Apostólico, Mons. Tedeschini, al Excmo. Sr. Ministro de Estado como protesta al Decreto de 3 de Noviembre de 1931: Se recoge como Apéndice II al trabajo citado del Sr. Arbeloa y Muru (Cfr. Nota 126 de esta tesis).

(129) Aparte los argumentos de índole religiosa, se destaca un problema que es netamente jurídico: para los que sostienen la vigencia del Concordato, el Decreto de 3 de Noviembre de 1931, aparte de que supone una violación al Concordato, refleja una realidad jurídica, y es que el Gobierno, por un simple Decreto ministerial, dejaba sin vigor las normas contenidas en el Código civil vigente, venía, pues, a abolir leyes vigentes. En su artículo "La potestad judicial de la Iglesia Católica: Breves notas al decreto del ministro de justicia sobre la competencia de los tribunales eclesiásticos" -publicado en "Revista Eclesiástica", n. 16, págs. 287-294, noviembre 1931-, Hipólito Vacchiano insiste de modo particular en este tema: A su vez, Arbeloa y Muru comentan en la obra citada de este autor el trabajo de Vacchiano.

Para los redactores del Decreto, decaído el Concordato -Cfr. la tesis de la Srta. Campos- las normas civiles que se derivaban del mismo habían perdido su vigencia.

Desde un punto de vista jurídico, el tema, pues, daba origen a interpretaciones contradictorias.

(130) Torrubiano Ripoll no ve clara la paradoja del Decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868 sobre unificación de fueros, por haber dejado a los Tribunales eclesiásticos el conocimiento de las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios canónicos: El Decreto-ley referido no tenía otro objeto que unificar el fuero para las mismas causas civiles y criminales de todos los ciudadanos, cualquiera que fuera su condición personal de militar, civil o clérigo -es el llamado "privilegio del fuero" el que desaparece por el Decreto-ley de unificación de fueros-. Para este autor, en el Decreto-ley de unificación de fueros, o bien debió desaparecer de las leyes civiles el matrimonio canónico, o, si se conservaba, como se conservó, él y los pleitos a que diere lugar debían reservarse a la competencia eclesiástica: Torrubiano Ripoll, Jaime, ob. cit., págs. 8-9.

(131) Torrubiano Ripoll, Jaime: Ob. cit., págs. 11-19.

(132) Torrubiano Ripoll, Jaime, Ob. cit., págs. 20-22.

(133) Boletín Oficial del Arzobispado de Tarragona, 42 (1931-1932), nº 26 (31 de Diciembre de 1931), pág. 4: Cita recogida en Arbeloa y Muru, ob. cit., pág. 470.

3.1.2. El Decreto de 10 de Diciembre de 1931 -"Gaceta", 11- dejó en suspenso la vigencia del Decreto de 3 de Noviembre de 1931: la presentación a las Cortes Constituyentes del proyecto de Ley sobre el divorcio y su próxima conversión en Ley, rezaba su preámbulo, aconsejan detener en este breve espacio la tramitación de las demandas presentadas, no sólo para unificar el procedimiento, sino para evitar gastos y dilaciones innecesarias al tener que ajustar las demandas en curso a la nueva Ley. En consecuencia, en su artículo único, el Decreto de 10 de Diciembre de 1931 decretaba:

"Queda en suspenso la vigencia del Decreto de 3 de Noviembre próximo pasado sobre el divorcio. Las demandas de divorcio interpuestas con arreglo al mismo quedarán suspendidas en el estado en que estuvieren hasta que, promulgada la Ley de Divorcio, insten los demandantes su continuación con arreglo a lo que en ella se disponga".

La doctrina del Tribunal Supremo, en una sentencia aislada de 26 de Junio de 1933, recoge el sentir unánime de las críticas habidas al Decreto de 3 de Noviembre de 1931 e interpreta dicho decreto ministerial en el sentido de que las disposiciones en él contenidas no podían abrogar los preceptos legales del Código Civil ni prevalecer frente a ellos, conforme a lo dispuesto en su artículo 5º, ni podía tener dicho decreto ministerial efecto retroactivo:

"CDO: Que el esencial motivo que contiene el recurso interpuesto por Dª M. contra el auto de fecha 12 de Mayo de 1932 de la Audiencia de Barcelona que mantiene en la forma que determina la suspensión de los efectos de la sentencia ejecutoria recaída en el juicio de divorcio seguido ante el Tribunal eclesiástico por dicha señora contra su esposo D. J.C. mientras el litigante a cuyo favor fue pronunciada la sentencia no obtenga de los Tribunales ordinarios el reconocimiento de su derecho al divorcio, se refiere a la infracción en aquél del artículo 4º del Decreto de 3 de Noviembre de 1931 aplicado por la Sala, en cuanto al alcance de la suspensión

que en su párrafo primero dispone respecto de las sentencias de los Tribunales eclesiásticos dictadas con anterioridad al día 14 de Abril de 1931 que en su segundo párrafo se expresa:

CDO: Respecto del indicado problema planteado en el motivo tercero del recurso que están conformes los cónyuges en que el indicado juicio de divorcio ante el Tribunal eclesiástico de la Diócesis de Barcelona terminó por sentencia de 28 de Abril de 1930 que fué firme y ejecutoria, en ejecución de la cual y por no haber ofrecido el Sr. C. dentro del plazo concedido caución suficiente para la reunión conyugal, el Vicario General de aquella Diócesis en 26 de Junio de 1931 concedió a D<sup>a</sup> M. por tiempo indefinido la separación "quoad thorum, mensam et habitationem" de su esposo; como en el presente caso se trata de un matrimonio católico queda fuera de toda duda atendida la fecha de la sentencia ejecutoria que, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 del Código Civil el Tribunal eclesiástico fué el único competente para el fallo del juicio de divorcio promovido por D<sup>a</sup> M. y para declarar su firmeza por lo que instada por ella la ejecución del mismo en la parte relativa a sus efectos civiles y acreditados dichos extremos por el testimonio literal que presentó, ello fué suficiente para que el Juzgado del antiguo distrito del Sur, de Barcelona, acordase, a los fines de los artículos 67, 73 y 82 del Código Civil en providencia de 14 de Julio de 1931 que quedó firme el requerimiento al Sr. C. para que no molestase a su esposa, bajo apercibimiento de desobediencia al Juzgado en otro caso, y que se expidiese carta orden al Juzgado municipal del distrito de la Lonja para la consignación de la oportuna nota marginal en el acta de matrimonio de los referidos consortes.

CDO: Que las disposiciones del Gobierno contenidas en el Decreto del Ministerio de Justicia de 3 de Noviembre de 1931, cuya vigencia quedó en suspenso al siguiente mes, no podían abrogar los preceptos legales antes citados del Código Civil, ni prevalecer frente a ellos, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º, por lo que, aunque se deje

a un lado que dicho Decreto ministerial no podía tener efecto retroactivo, como el señor C. reconoce en el escrito de 14 de Noviembre de 1931 con que acudió al Juzgado ni pidió en él la suspensión de los efectos civiles de la sentencia ejecutoria recaída en el juicio de divorcio seguido con su esposa en el Tribunal eclesiástico, que el auto recorrido acordó, sin embargo, para poder entrar a resolver sobre las peticiones por dicho señor deducidas, al hacer aplicación en el auto recorrido la Audiencia de Barcelona del artículo 4º de la indicada disposición ministerial a las pretensiones deducidas por D. C. para acceder a sus solicitudes de que se reintegrase su mujer al domicilio conyugal, contra la separación por tiempo indefinido decretada por el Tribunal eclesiástico y lo dispuesto en el artículo 73 del Código Civil como primer efecto de la sentencia firme de divorcio; y de que cesase el depósito de su esposa, cuando ordenada por el Juzgado la ejecución de aquella, en cuanto a sus efectos civiles en su providencia firme de 14 de Julio de 1931 había cesado ya necesariamente el depósito de Dª M. constituido durante la sustanciación del juicio de divorcio, puesto que carecía de razón de ser, es indudable que infringió el citado artículo 4º del Decreto de 3 de Noviembre de 1931 el auto recurrido por haberlo aplicado indebidamente a las solicitudes promovidas por el señor C. cuya decisión sólo podía regirse conforme a las prescripciones del Código Civil vigente, como lo acredita el que al prescindir de ellas la referida audiencia vino a destruir y a anular los efectos de la situación de derecho y de hecho creada entre los esposos por la providencia de 14 de Julio de 1931 dictada con sujeción a las disposiciones del citado Código para ejecutar una sentencia firme meses antes del Decreto de 3 de Noviembre de 1931" (134).

Las reglas transitorias de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 vendría a regular esta materia que tan desafortunadamente se había tratado en el Decreto de 3 de Noviembre de 1931.

(134) St.I.S.de 26 de Junio de 1933:Cfr.Repertorio de Jurisprudencia,1932-1933, Aranzadi.1755.

3.2. Reglas Transitorias 3ª, 4ª y 5ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (135):

Regla transitoria 3ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932:

"Los cónyuges que al promulgarse esta Ley estuvieren separados temporalmente por sentencia firme y a la que el Código civil reconozca efectos civiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 39. Podrán pedir asimismo el divorcio por mutuo disenso o alegando justas causas, comprendidas en el artículo 3º, aunque sea la misma que hubiese motivado la separación" (136).

Regla Transitoria 5ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: "En los juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de esta Ley, cualquiera que sea su estado, se dará traslado al actor para que, en el término de 10 días, manifieste si opta por el divorcio vincular que en ella se regula. Si así fuese, deberá iniciarse nuevamente el procedimiento y sustanciarse conforme a las disposiciones de la sección segunda del capítulo quinto. Si el actor optare por la continuación del pleito se sustanciará con sujeción a los trámites ordenados en esta Ley. La sentencia en este caso será de separación y tendrá los efectos que previenen los artículos 38 y 39.

Queda a salvo el derecho de los cónyuges para obtener el divorcio por mutuo disenso" (137).

Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932:

"Las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en pleitos de divorcio con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre esta materia de 4 de Noviembre de 1931 y que hayan obtenido en su día la oportuna validez civil, no necesitarán de nuevos requisitos para su total eficacia, siempre que el fallo hubiere sido de divorcio perpetuo o indefinido.



Las dictadas con posterioridad a dicho Decreto no producirán efectos civiles.

Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la fecha indicada y antes de la vigencia de la presente ley, para surtir efectos, deberán ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en la presente Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece.

Los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal eclesiástico cuando a su juicio hayan mediado las debidas garantías para los litigantes.

Las pruebas practicadas en los pleitos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos en que éstos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de la promulgación de la presente ley, podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que previene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales" (138):

Esta Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 sería modificada por la Ley de 11 de Septiembre de 1932 en los términos siguientes:

Artículo único: La regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio quedará modificada en los términos siguientes:

"Las sentencias firmes de divorcio perpetuo o indefinido, dictadas por los Tribunales Civiles antes de la promulgación de esta Ley, producirán los efectos determinados en el cap.III, en relación con el art. 1º de la misma.

Iguals efectos surtirán las sentencias firmes de divorcio perpetuo o indefinido, dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre esta materia, de fecha 3-XI-1931, siempre que aquéllas

sentencias hubiesen obtenido en su día la oportuna validez civil.

Para que, tanto las sentencias civiles como las eclesiásticas expresadas en los párrafos anteriores, produzcan los efectos prevenidos en ellos, será preciso que lo solicite cualquiera de los cónyuges ante el Juez competente para conocer del divorcio; el cual, cerciorado de la autenticidad de los documentos, hará las declaraciones oportunas, si el caso se hallare comprendido en las normas precedentes.

Las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3-XI-1931, no producirán efectos civiles.

Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la fecha indicada, y antes de la vigencia de ésta Ley, para surtir efectos, deberán ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente para conocer del divorcio, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en la presente ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece.

Los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal eclesiástico, cuando, a su juicio, hayan mediado las debidas garantías para los litigantes.

Las pruebas practicadas en los pleitos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos, en que éstos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de promulgación de la presente Ley, podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que previene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales" (139).

3.2.1. \*Efectos civiles de las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto

del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 que hubieren obtenido en su día la oportuna validez civil:

El párrafo primero de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, según su redacción originaria, plantea la duda de si necesitaría de nuevos requisitos para su total eficacia las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto de 3 de Noviembre de 1931 en pleitos de divorcio que hubieran obtenido en su día la oportuna validez civil cuando el fallo hubiese decretado el divorcio temporal de los cónyuges, así como las que se hubieren dictado en pleitos sobre nulidad de matrimonio que hubiesen obtenido en su día la oportuna validez civil cuando el fallo hubiese decretado la nulidad del matrimonio (140): Dada la eficacia de la propia regla transitoria 4ª en su párrafo cuarto, según su redacción dada por ley de 11 de Septiembre de 1932, otorga con carácter general a las sentencias anteriores a dicha fecha, al decretar que "las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 no producirán efectos civiles", y la redacción del artículo 82 del Código Civil que dispone que "la sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa a los efectos civiles", no cabe, conforme a las citadas normas, otra interpretación que la de entender que tales sentencias no necesitarían de nuevos requisitos para su total eficacia cuando hubiesen obtenido en su día la oportuna validez civil. De donde se deduce:

a) Si la sentencia firme dictada por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 hubiese decretado el divorcio temporal de los cónyuges y hubiese obtenido en su día la oportuna validez civil, surte plenos efectos civiles; pero, si al tiempo de promulgarse la ley de Divorcio, los cónyuges estuvieren separados temporalmente por sentencia firme a la que el Código civil

reconozca efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio, conforme a lo dispuesto en su artículo 39, y asimismo el divorcio por mutuo disenso o alegando justa causa comprendida en el artículo 3º de la citada Ley aun cuando sea la misma que hubiese motivado la separación -Regla transitoria 3ª (141)-.

b) Si la sentencia firme dictada por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 hubiese decretado la nulidad del matrimonio y hubiese obtenido en su día la oportuna validez civil, surte plenos efectos civiles -Regla transitoria 4ª, párrafo cuarto, de la Ley de Divorcio, según su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, en relación con el artículo 82 del Código civil-.

c) Si la sentencia firme dictada por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 hubiese decretado el divorcio perpetuo o indefinido de los cónyuges y hubiese obtenido en su día la oportuna validez civil, surte plenos efectos civiles; pero, según dispone la Regla transitoria 4ª, párrafos segundo y tercero, de la Ley de Divorcio, modificada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, las sentencias firmes de divorcio perpetuo o indefinido dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad a dicha fecha producirán los efectos determinados en el Capítulo III, en relación con el artículo primero, de la misma, siempre que aquella sentencia hubiese obtenido en su día la oportuna validez civil, si lo solicitase cualquiera de los cónyuges ante el Juez competente para conocer del divorcio, el cual, cerciorado de la autenticidad de los documentos, hará las declaraciones oportunas, si el caso se hallase comprendido en este supuesto (142).

---

(135) Proyecto de ley sobre el divorcio: Cfr. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española: Legislatura de 1931-1933: Apéndice IV AL NUM. 86 (Transcrito como Apéndice IV de esta Tesis Doctoral).

Dictámen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Cfr.

Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española: Legislatura de 1931-1933: Apéndice I al NUM. 101 (transcrito como Apéndice V de esta Tesis doctoral).  
Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"Gaceta", 11-: Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 290 (Transcrita como Apéndice VI de esta Tesis doctoral).

(136) Regla transitoria 2ª del proyecto de ley sobre el divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Se añadiría en su redacción definitiva la palabra "temporalmente" como consecuencia de haberse adicionado al texto del dictamen de una nueva Regla Transitoria -Regla Transitoria 4ª de la ley de Divorcio- cuyo texto no aparecía ni en el proyecto de ley sobre el divorcio ni en el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio.

(137) Regla transitoria 3ª del proyecto de ley sobre el divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio.

(138) Esta regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 tuvo su desarrollo en diversos votos particulares y enmiendas al texto del dictamen de la comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio recogidos por la Comisión parlamentaria de Justicia:

a) Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) proponía se adicionara una regla transitoria, entre la tercera y cuarta de las reglas transitorias del dictamen de la comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, redactada en los siguientes términos:

"Los pleitos de divorcio sustanciados ante los Tribunales eclesiásticos con anterioridad a la fecha de la vigencia de la presente ley y que obtuvieran en su día la oportuna validez civil no necesitarán de nuevos requisitos para su total eficacia, siempre que el fallo hubiere sido de divorcio perpetuo o indefinido.

En todo caso, las pruebas que con anterioridad a la promulgación de la presente ley hubieran sido practicadas en pleito de divorcio canónico ante los Tribunales eclesiásticos, podrán ser aportadas en los pleitos civiles que, a partir de esta fecha, se sustancien entre los mismos cónyuges" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106).

Leído por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-, el Sr. Quintana de León, en nombre de la Comisión, dice: "La Comisión acepta el primer párrafo de este voto particular, con la modificación de que donde se lee "y que obtuvieran en su día la oportuna validez", se diga: "y que hayan obtenido".

En cuanto al segundo párrafo, por entender que es de redacción más clara otro voto particular similar que ha presentado el Sr. Fernández Clérigo y que recoge el mismo espíritu, la Comisión ruega al Sr. Villanueva que lo retire. (El Sr. Villanueva: Acepto la indicación de la Comisión y retiro el segundo párrafo.- El Sr. Ossorio y Gallardo: ¿Cómo queda?) Queda así: "Los pleitos de divorcio sustanciados ante los Tribunales eclesiásticos con anterioridad a la fecha de la vigencia de la presente Ley y que hayan obtenido en su día la oportuna validez civil, no necesitarán de nuevos requisitos para su total eficacia, siempre que el fallo hubiere sido de divorcio perpetuo o indefinido". Para rogar a la Comisión se le aclare una duda que le ha sido consultada interviene en la discusión el Sr. Ossorio y Gallardo: "Simplemente para rogar a la Comisión que tenga la bondad de aclarar una duda que se me consulta, no se me ha ocurrido a mí: ¿Qué se va a hacer con los pleitos eclesiásticos que a la publicación de esta Ley hayan logrado sentencia en una o dos instancias? La Comisión me contestará, sin duda, que en el texto sólo se alude a los pleitos que tengan sentencia firme y que en estos casos a que yo me refiero no la hay; pero es de tal gravedad que quien haya ganado una sentencia y practicadas todas las pruebas del caso, en buena parte no le sean susceptibles de reproducción, no se reconozca validez a lo ya actuado y se le remita a comenzar un nuevo pleito en el Tribunal civil, entiendo que merece la pena de puntualización, que seguramente rectificará una falta de estudio mía (El Sr. Quintana de León: Perdón S.S. una interrupción. El voto particular del Sr. Fernández Clérigo prevé este caso). ¡Ah!, es que no conozco ese voto".

Sin más discusión, quedó aprobado este voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) tal como se leyó por el Sr. Quintana de León (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3992).

b) Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo proponía se añadiera una disposición transitoria a las reglas transitorias del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, que diría así:

"Las Sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre esta materia, fecha cuatro de Noviembre último, no producirán efectos civiles.

Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno y antes de la vigencia de la presente Ley, deberán ser sometidos a revisión del Tribunal Civil competente, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en la presente Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece.

Los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante los Tribunales eclesiásticos cuando a su juicio hayan mediado las debidas garantías para los litigantes.

Las pruebas practicadas en los pleitos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos en que éstos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de la promulgación de la presente Ley, podrán ser tomados en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que previene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM 119).

Lefdo por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-, pide la palabra el Sr. Quintana de León, de la Comisión, que dice:

La Comisión acepta este voto particular, con una aclaración que suple algo debido, sin duda, a defecto involuntario en la redacción por parte de su autor, en el sentido de que el segundo párrafo se entienda que dice: "Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la fecha indicada y antes de la vigencia de la presente Ley, para surtir efectos deberán ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente, etc". (El Sr. Ossorio y Gallardo: ¿Qué situación tienen los pleitos sentenciados canónicamente después del Decreto del mes de Noviembre y antes de la publicación de esta Ley que discutimos?). Me parece que el voto particular del Sr. Fernández Clérigo aclara perfectamente la cuestión. Dice así: "Las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre esta materia, fecha cuatro de Noviembre último, no producirán efectos civiles". (El Sr. Ossorio y Gallardo: Bien). "Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la fecha indicada y antes de la vigencia de esta ley, para surtir efectos deberá ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en la presente Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece". (El Sr. Ossorio y Gallardo: Es decir, que las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos entre el Decreto de Noviembre y la publicación de esta Ley no tiene validez; deberán ser revisadas en el Tribunal civil competente). Exactamente. (El Sr. Ossorio y Gallardo: Pues yo me atrevo a someter a la Comisión si no sería mas justo, por haber quedado sin efecto el Decreto del mes de Noviembre, que de este modo viene a revivir ahora, empezar el cómputo nada más que desde la fecha de la publicación de esta Ley y reconocer validez completa a las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos antes de ella). Por si al Sr. Ossorio y Gallardo le queda algún escrúpulo, insistiré en recordar el voto particular del Sr. Villanueva, que fué aceptado por la comisión y que ya está aprobado, en el que se dice que "los pleitos de divorcio sustanciados ante los tribunales eclesiásticos, con anterioridad a la fecha de vigencia de esta Ley, que hayan tenido en su día la oportuna validez civil, no necesitarán de nuevos requisitos para su total eficacia, siempre que el fallo hubiera sido de divorcio perpetuo o indefinido".

Para sostener su postura de que se dé validez jurídica a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos antes de la publicación de la Ley que se discute, pide la palabra el Sr. Ossorio, que dice:

"Estoy tan torpe que no acabo de entenderlo. ¿Qué situación es la del pleito sentenciado canónicamente entre Noviembre y hoy?. (El Sr. Gomariz: Pues que ha de convalidarse entre los Tribunales). Pues entonces, a pesar de la enmienda del Sr. Villanueva, creo que no estoy tan desvariado, porque mi solicitud se limita a esto: que no haya necesidad de convalidar, y que si ha recaído la sentencia después de un decreto que ha quedado sin efecto y antes de esta Ley, que va a ser la nueva y única regulación, se dé validez jurídica a los sentenciados. Nada más".

Para contestar al Sr. Ossorio interviene en la discusión el Sr. Gamariz, de la Comisión, que, en estos términos, zanja la cuestión:

"Para contestar al Sr. Ossorio. El extremo que S.S. apunta ha sido debatido por la Comisión de una manera mediana y no concede validez jurídica a las sentencias dictadas por los Tribunales canónicos entre Noviembre y la vigencia de esta Ley. Lo que hace es que pudiendo alegarse las pruebas que están en los autos y pudiendo recoger los Tribunales de lo Civil las causas de Divorcio, no cuesta trabajo alguno a los litigantes decir al Tribunal Civil: "aquí están nuestros autos; convalida esta sentencia". De manera que, si acaso, es una molestia que viene enervada por la contradicción que existiría entre lo que decía S.S.: "La sentencia conseguida y no firme de Derecho". Más vale que de una manera tajante y sistemática digamos que esta legalidad hay que convalidarla. (El Sr. Ossorio: Está mal, pero está bien)".

Sin más discusión, quedó tomado en consideración por la Cámara el voto particular del Sr. Fernández Clérigo (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3992-3993).

(139) Repertorio Cronológico de Legislación, 1932, Aranzadi, 1219.

(140) La Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932 -"Gaceta", 3 de Julio; que comenzó a regir, conforme disponía su artículo 5º, a los 30 días a contar desde el siguiente de su publicación en la Gaceta- disponía en su artículo 4º:

"La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de esta Ley, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del Código Civil. Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltas por los Tribunales civiles, que aplicarán las leyes y demás resoluciones de los Tribunales eclesiásticos sobre lo que constituye el objeto de esta Ley no producirán efectos civiles" (cfr. Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 849).

Ante el silencio de la Ley de Matrimonio Civil respecto a este punto ofrecemos la interpretación que creemos correcta y que se deduce de las normas que precedieron a la citada Ley de Matrimonio Civil.

(141) Esta regla transitoria 3ª hace referencia al supuesto de sentencia canónica firme, a la que el Código civil reconocía efectos civiles, cuyo fallo hubiese decretado el divorcio temporal de los cónyuges: los cónyuges que al tiempo de promulgarse la Ley de Divorcio estuvieren en esta situación podían hacer uso de las facultades que esta regla transitoria de la Ley les concedía, sin que por tanto se pudiese alegar el carácter y eficacia de cosa juzgada de la sentencia canónica cuyo fallo hubiese decretado la separación temporal de los cónyuges, pues conceder o prescindir en absoluto de lo dispuesto en la citada regla transitoria, como vino a decir el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 15 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 92-:

"... Que conceder a la sentencia del Tribunal eclesiástico de 20 de Agosto de 1931 que decretó la separación temporal de los cónyuges por nueve meses, el carácter y eficacia de cosa juzgada, es anular o prescindir en absoluto de la disposición transitoria 3ª de la Ley de Divorcio, según la cual, "los cónyuges que al promulgarse dicha Ley estuvieren separados temporalmente por sentencia firme a la que el Código civil reconocía efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio conforme al artículo 39, o el divorcio por mutuo consentimiento o alegando justa causa comprendida en el artículo 3º aunque sea la misma que hubiese motivado la separación" ejercitando la acción conforme a aquella ley, y como en el presente caso se da en los cónyuges la circunstancia a que la disposición se contrae, ya que al publicarse la Ley de Divorcio en dos de Marzo de 1932, se encontraban temporalmente separados por aquella sentencia del Tribunal Eclesiástico, cuya firmeza nadie ha combatido, es indudable su derecho a pedir el divorcio por justa causa, máxime cuando la demanda ante los Tribunales Eclesiásticos, cuya firmeza nadie ha combatido, es indudable su derecho a pedir el divorcio por justa causa, máxime cuando la demanda ante los Tribunales civiles se formuló el 27 de Junio de 1934, esto es, transcurridos con exceso los nueve meses de decretada la separación temporal, por lo que esta situación ya no existía para la ley ni para el derecho, todo ello aparte de que la cosa juzgada es una excepción no alegada en el pleito que no puede de oficio estimarse y que entre

el pleito de divorcio promovido por la mujer ante la Curia eclesiástica y el formulado por la misma ante los Tribunales civiles no existe identidad de acción ni de causa, ya que en el primero se ejercitó la acción de divorcio sin disolución del vínculo y sólo por sevicia y, en el segundo, el divorcio con todas las consecuencias de disolución que el artículo primero de la Ley expresa y por otras causas, incurriendo la sentencia recurrida al estimar lo contrario en una manifiesta injusticia en la aplicación de la disposición tercera transitoria de la Ley de Divorcio".

(142) En consecuencia, tales sentencias surten, en las condiciones determinadas por la Regla transitoria 4ª, párrafos segundo y tercero en relación con el párrafo primero, de la Ley de Divorcio, modificada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, los efectos determinados en el capítulo tercero, en relación con el artículo primero, de la misma, y, en consecuencia, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Marzo de 1933, no pueden modificarse las nuevas sentencias, que iría contra la cosa juzgada, mas ello no impedía que los cónyuges pudieran solicitar el divorcio o la separación ante la jurisdicción ordinaria alegando hechos que no se hubieran expuesto en el pleito canónico y formulando peticiones que no se formularan ni se pudieran formular en el mismo: En esta sentencia se trata de resolver un recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia que declaró la falta de acción en el actor sin examinar ni resolver las cuestiones de fondo que se plantearon por aquel en su demanda:

"... Que, si bien es evidente que las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos en pleitos de divorcio a perpetuidad que hayan obtenido la oportuna validez civil, como sucede en el presente caso, conforme a la regla transitoria 4ª de la ley de 2 de Marzo de 1932, modificada por la de 11 de Septiembre del mismo año, surten los efectos señalados en el capítulo tercero de aquella, y, en consecuencia, no pueden modificarse por nueva sentencia, que iría contra la cosa juzgada, como el actor D. E. no se personó en el pleito canónico, y alega ahora hechos que antes no se expusieron, y formula peticiones nuevas, que pudieron ser objeto de reconvencción, y otras, que eran indiscutibles en aquel pleito, como la relativa a la disolución del vínculo matrimonial, es claro que no pudo la Sala sentenciadora, "a priori", declarar la falta de acción en el actor sin examinar ni resolver las cuestiones de fondo que plantearon la demanda y la contestación; por lo cual resulta la sentencia falta de la congruencia exigida por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil": Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Marzo de 1933- Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1588-.

Del párrafo primero en relación con el tercero de la Regla transitoria 4ª de la Ley de divorcio, según su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, resultaba que se discriminaba tales sentencias respecto a las sentencias firmes de divorcio perpetuo o indefinido dictadas por los Tribunales civiles, que producían los efectos prevenidos en dichos párrafos siempre que se hubieren dictado antes de la promulgación de la Ley de Divorcio.



3.2.2. Efectos civiles de las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 que, por cualquier motivo, no hubiesen obtenido antes de dicha fecha la oportuna validez civil:

La Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio plantea la duda de si podían reconocerse y otorgarse efectos civiles a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 que, por cualquier motivo, no hubiesen obtenido antes de dicha fecha la oportuna validez civil: Hay que tener en cuenta que el modo de inscripción en el Registro Civil dispuesto por el artículo 82 del Código civil quedó sin valor al publicarse el citado Decreto. Tales efectos estaban, en todo caso, condicionados a que las mencionadas sentencias hubiesen obtenido en su día la oportuna validez civil, con lo cual se silencia en dicha Regla transitoria una adecuada declaración respecto de aquellas sentencias que por cualquier motivo no hubiesen obtenido antes de la mencionada fecha dicha validez, y ello no obstante fijar la posibilidad de beneficiar con efectos civiles a las dictadas con posterioridad y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio mediante su revisión ante el Tribunal civil competente.

Esta omisión material de la Ley vino a llenarse por vía jurisprudencial en el sentido de que las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 que en su día, por cualquier motivo, no hubieren obtenido antes de dicha fecha la oportuna validez civil, para surtir efectos civiles, habían de someterse a revisión del Tribunal civil competente, pues, como ya se sabe, la obtención de efectos civiles se condicionaba a que en su día hubiesen obtenido validez civil (143): Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 760-: En la demanda se pide por la esposa demandante la separación en revisión de sentencia canónica de fecha anterior a dicho

Decreto, que no había tenido validez civil; aun cuando vence en el fondo, recurre, sin embargo, porque en la sentencia no se hizo declaración sobre la aludida revisión pedida en el suplico de la demanda, y el Tribunal Supremo estima el recurso, ratificando la sentencia del Tribunal de Instancia en el fondo, pero como revisión de la sentencia del Tribunal eclesiástico:

"... Que partiendo del hecho de no haber la sentencia de instancia decidió el pleito en los términos planteados por la demanda, en la que se pidió concretamente la separación de personas y bienes en revisión de sentencia canónica de fecha anterior al 4 de Noviembre de 1931 que no había tenido validez civil; así la parte actora como la demandada, recurren del fallo, fundándose la esposa en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, estimando la infracción por la Sala "a quo" de la regla transitoria 4ª de dicha ley; y el esposo en la causa 1ª del artículo citado en razón a que pedida la revisión por la demandante de la sentencia dictada por el Tribunal eclesiástico, y no pudiendo la Audiencia, con arreglo a dicha regla transitoria, conocer del caso, al hacerlo incurrió en incompetencia; puntos para cuya decisión es preciso fijar primeramente el alcance de la citada regla transitoria 4ª.

Que la Regla transitoria 4ª de la Ley de divorcio, al decretar que las sentencias canónicas posteriores al 4 de noviembre de 1931 no producen efectos civiles, reconoce y otorga tales efectos a las dictadas antes de dicha fecha; y partiendo de tal declaración, dispone que aquellas sentencias anteriores que a tal fecha hubieren obtenido valor civil, la tienen plena si el divorcio decretado fuera perpetuo o indefinido; pero silencia dicha regla una adecuada declaración respecto a las sentencias que por cualquier motivo no hubieren obtenido antes de tal fecha dicha validez, no obstante fijar la posibilidad de beneficiar con efectos civiles a las dictadas con posterioridad y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio mediante su revisión ante el Tribunal civil competente; viendo tal silencio, dada la eficacia

que la propia regla transitoria en su segundo párrafo otorga con carácter general a las sentencias anteriores a aquella fecha que las sitúa en categoría jurídicamente preferente a las dictadas con posterioridad hasta la vigencia de la ley; una omisión material de ésta subsanable por lo que ella misma revela de su pensamiento y voluntad, fijando un procedimiento para que la eficacia civil reconocida a tales sentencias cristalice; y como el modo de inscripción en el Registro Civil dispuesto por el artículo 82 del Código Civil quedó sin valor al publicarse el Decreto de 4 de Noviembre de 1931, no cabe otra forma conforme a la voluntad de la Ley que la de la revisión de la sentencia, cual está establecido expresamente para los fallos de eficacia civil inferior en la propia regla transitoria, ya que en lo expreso y terminante de una Ley se contiene implícitamente lo que con mayoría de razón está dentro del mismo orden.

Que por la doctrina expuesta, es fundado el recurso por la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio alegada por la esposa; mas no por la incompetencia opuesta por el demandado; pero tal como la Audiencia apreció la prueba y resuelve el caso, la solución que este tribunal Supremo tiene que dar es la misma declaración del fallo recurrido.

Que siendo la sentencia canónica revisada en este procedimiento de separación perpetua "quod thorum et habitationem" por causa de adulterio culpable del marido y habiéndose en el juicio canónico practicado las pruebas con las debidas garantías para las partes, reúne todos los requisitos legales para que por revisión produzcan todos los efectos civiles, máxime cuando de las probanzas de autos se corrobora el hecho determinante de aquella resolución".

---

(143) Esta solución habla de darse en el caso de sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad a dicho Decreto que hubiesen decretado la nulidad del matrimonio y, por cualquier motivo, no hubiesen obtenido en su día la oportuna validez civil, más, en este caso, se tendrían en cuenta en su revisión las leyes canónicas.

3.2.3. Sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Su revisión ante los Tribunales civiles.

Con carácter general, el párrafo cuarto de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, según su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, que coincide básicamente con el párrafo segundo de dicha disposición transitoria conforme a su redacción originaria, prescribe que "las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 no producirán efectos civiles"; pero, conforme al párrafo quinto de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, según su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, que coincide con el párrafo tercero de la citada disposición transitoria en su redacción originaria, cabía la posibilidad de beneficiar con efectos civiles a las sentencias firmes de divorcio dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a dicha fecha y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio mediante su revisión ante el Tribunal civil competente para conocer del divorcio, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en dicha Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece (144).

a) Para que las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio surtan sus efectos en la esfera civil deberán ser sometidas a revisión del Tribunal civil competente:

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 11 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia de 1932-1933, Aranzadi, 334-, en un supuesto de confirmación de sentencia canónica por la que se decretó el divorcio perpetuo "quod thorum, mensam et habitationem" de los cónyuges por adulterio del marido deman-

dado que fué dictada con posterioridad al 4 de Noviembre de 1931 y antes de la publicación de la Ley de Divorcio, en que se denegó por el Tribunal de Instancia la revisión solicitada por la esposa, revocó el fallo de la Audiencia procediendo, en su consecuencia, a la revisión de la sentencia recurrida, estableciendo doctrina sobre las facultades que en este caso se otorgan conforme a la Regla transitoria 4ª de dicha ley a los Tribunales ordinarios:

"...Que dictado por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura de España sentencia confirmatoria en todas sus partes de la pronunciada por el Juez Metropolitano de Zaragoza, que a su vez confirmó la de Juez sufragáneo de Pamplona, por la que se decretó el divorcio perpetuo "quod thorum, mensam et habitationem" de los cónyuges, a solicitud y petición de la esposa; al acudir ésta al Tribunal competente civil por haberse fallado el pleito con posterioridad al 4 de Noviembre de 1931 y antes de la publicación de la vigente Ley de Divorcio para someter a revisión aquellos pronunciamientos al objeto de que surtan sus efectos en la esfera civil, sólo es dable a los Tribunales de este orden examinar y apreciar a los fines que persigue la demandante, conforme a lo dispuesto en este caso en la Regla transitoria 4ª de dicha Ley, si la causa que se tuvo en cuenta para el divorcio está consignada en la mencionada Ley y si, a su juicio, y para conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal eclesiástico, han mediado las debidas garantías para los litigantes.

Que la causa por la que se estimó el divorcio, ante el Tribunal Eclesiástico es la del adulterio, en primer término establecida por la vigente ley citada y que sirve también de fundamento, según el número 2º del artículo 36 de la misma, para pedir la separación de personas y bienes, y que en las referidas sentencias canónicas sometidas a revisión, no aparece hecho alguno determinante de la vulneración o desconocimiento de las garantías que se deben a los litigantes en la sustanciación del proceso, al no acceder el Tribunal de instancia a las peticiones de la demandante censurado

y aquilatado, según su criterio, las pruebas que sirvieron de base y fundamento a aquellas sentencias, incide en la injusticia notoria proveniente de la infracción de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, procediendo, en su consecuencia, la revisión de la sentencia recurrida, revocando el fallo dictado por la Audiencia y decretando, en su lugar, la separación de personas y bienes entre los cónyuges"

b) Conforme a lo dispuesto en el inciso último del párrafo quinto de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, según su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, inciso último del párrafo tercero de dicha disposición transitoria en su redacción originaria, los cónyuges puede acudir al Tribunal civil competente para conocer del divorcio, no ya en revisión de aquellas sentencias firmes de divorcio dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio al efecto de que surtan sus efectos en la esfera civil, sino en solicitud del divorcio vincular, pudiendo estimarse por el Tribunal civil competente las causas consignadas en dicha ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece: Se llega así respecto de estas sentencias a los efectos que la misma Regla transitoria establece en sus párrafos segundo y tercero en su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932 para aquellas sentencias firmes de divorcio perpetuo o indefinido dictadas por los Tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto de 3 de Noviembre de 1931 que hubiesen obtenido en su día la oportuna validez civil.

c) Exigiendo la aplicación de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio de requerimiento de las partes al Tribunal civil competente para conocer del divorcio para la convalidación de las sentencias firmes de divorcio dictadas por los tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio para que pudieran surtir efectos



pudiendo, incluso, solicitarse y estimarse por el Tribunal civil competente las causas consignadas en dicha Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece, no puede confundirse este requerimiento de las partes para examinar el caso concreto la aplicación de esta Regla transitoria con el supuesto, distinto de que aquellas presenten, al solo fin de robustecer su acción, ejercitada conforme a lo dispuesto por la Ley de Divorcio, el fallo de una sentencia canónica, a la que no se reconoce efectos civiles, como medio de prueba para que se acceda a la petición del divorcio o la separación de los cónyuges, y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 297-:

"... QUE no habiendo sido el Tribunal "a quo" requerido por las partes para examinar la aplicación al caso de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, pues no contiene tal pedimento la consignación como hecho en su demanda, por la actora, al sólo fin de robustecer su acción, de existir pronunciamiento favorable de un Tribunal eclesiástico en juicio de divorcio seguido a su instancia, sino que la concreta petición de las partes es que se resuelva haber o no lugar divorcio por alguna de las causas 1ª, 5ª, 7ª y 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegadas por la actora o por la causa 12 aducida por el demandado en la contestación no fué lícito a dicho Tribunal de instancia haber examinado aquella cuestión no propuesta y abstenerse de resolver sobre el pretendido divorcio, condicionando la decisión a que el Juez de primera instancia resuelva en la forma determinada en la Regla transitoria citada sobre los efectos civiles de la sentencia canónica; todo lo cual supone falta de congruencia, que es esencial condición de toda resolución judicial, y que abona la estimación de la injusticia notoria del fallo en que se fundamenta el recurso al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley citada.

Que no habiendo resuelto el Tribunal "a quo" sobre el fondo de la cuestión a él sometida por las partes, y no siendo por fallo posible a esta Sala hacer revisión de la sentencia

en cuanto al divorcio solicitado, es procedente el envío de aquel del juicio para que lo decida según fue requerido para ello, cual debió ya hacerlo al dictar el fallo recurrido".

Igualmente, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de Febrero -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 461-: Condenado el marido demandante por la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por la esposa demandada en su demanda reconvencional, interpone recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia invocando entre otras cosas el carácter de prueba definitiva que se dió a una sentencia del Tribunal eclesiástico publicada en el Boletín Oficial del Obispado de Barcelona, siendo su rcurso desestimado por el Tribunal Supremo:

"...Que en cuanto al segundo, apoyado también en el número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 por haber apreciado el fallo combatido, la causa 1ª del artículo 3º de dicha Ley, alegada en reconvención por la esposa contra el actor, es de notar que entre la prueba por aquella practicada figura el número del Boletín Oficial del Obispado de Barcelona del día 31 de Diciembre de 1931 del que aparece que Dª. E., obtuvo en fecha 17 de igual mes y año del correspondiente Tribunal Eclesiástico, sentencia de divorcio perpetuo de su marido, "quoad thorum, mensam et habitationem" en el pleito que mantuvo con su esposo que fue condenado además, al pago de las costas; y como la causa de divorcio por adulterio del marido, estimada por el Tribunal eclesiástico según se desprende de los autos, es también la 1ª del artículo 3º de la vigente Ley de Divorcio y el demandante no intentó siquiera impugnar en el presente pleito el valor y eficacia de las pruebas practicadas ante el Tribunal especial que determinaron en el juzgador, el pleno convencimiento de adulterio consumado que perpetró el señor de la Figuera para conceder el divorcio perpetuo solicitado a favor de la demandante, claro es que no puede estimarse por la Audien-



cia de Barcelona al haber apreciado en su sentencia, que dicho fallo constituía acabada prueba del adulterio del demandante que por reconvención le atribuyó su consorte, haya incidido en la supuesta injusticia notoria que don A. de la Figuera imputa a aquel fallo y por ello debe igualmente rechazarse el motivo segundo de su recurso". (145).

---

(144) Aun cuando el párrafo quinto de la Regla transitoria 4ª de la Ley de Divorcio sólo alude a las sentencias firmes de divorcio dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio, esta solución, ante el silencio de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932 y el hecho de que el modo de inscripción en el Registro Civil dispuesto por el artículo 82 del Código Civil quedó en el Registro Civil dispuesto por el artículo 82 del Código civil quedó sin valor al publicarse el Decreto de 3 de Noviembre de 1931, debe darse respecto de las sentencias firmes dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a dicha fecha y antes de la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932 cuando se hubiese decretado la nulidad del matrimonio: Mas, en este caso, al igual que en el supuesto de que se hubiera dictado la sentencia firme con anterioridad a la citada fecha y, por cualquier motivo, no hubiese obtenido en su día la oportuna validez civil, se habría de tener en cuenta por los Tribunales civiles que conociesen de su revisión las leyes canónicas con arreglo a las cuales fueron contraidos esos matrimonios, como parece deducirse del artículo 4º de la Ley de Matrimonio Civil que entrega las cuestiones relacionadas con la validez a nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de la misma a los Tribunales civiles que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraidos; de no llegarse a esta solución se daría el absurdo de que los tribunales civiles tendrían que conocer conforme a la norma canónica unos pleitos sobre los que ya había recaído sentencia firme de nulidad de matrimonio antes de la vigencia de la entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932, siendo, en este caso, lo lógico se limitase su actividad a la mera revisión de dichas sentencias, procedimiento ya adoptado por la Ley de Divorcio para el supuesto de sentencias firmes de divorcio dictadas por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad al Decreto del Gobierno de la República de 3 de Noviembre de 1931 y antes de la vigencia de la Ley de Divorcio, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto con carácter general en el párrafo cuarto de la Regla transitoria 4ª de la citada Ley según su redacción dada por la de 11 de Septiembre de 1932, que coincide básicamente con el párrafo segundo de dicha disposición transitoria conforme a su redacción originaria.

(145) (Así, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 732.

3.2.4. Valor y eficacia de las pruebas practicadas ante los Tribunales eclesiásticos:

Disponía el párrafo sexto de la Regla Transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, según su redacción dada por Ley de 11 de Septiembre de 1932, párrafo cuarto de dicha disposición transitoria en su redacción originaria, que "los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal eclesiástico, cuando, a su juicio, hayan mediado las debidas garantías para los litigantes"; de igual modo, expresaba el párrafo séptimo de dicha regla transitoria en su redacción dada por ley de 11 de Septiembre de 1932, párrafo quinto de la misma en su redacción originaria, que "las pruebas practicadas en los pleitos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos, en que éstos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de promulgación de la presente Ley podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que proviene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales" (146):

En este punto es de interés una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1551- en la que se desestima el recurso de revisión que por violación de las formalidades esenciales del juicio productoras de indefensión interpuso la esposa del demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia que no concedió fuerza probatoria a una certificación obrante en autos del juicio seguido entre los esposos litigantes ante los Tribunales eclesiásticos por entender que se había expedido sin las debidas garantías para ambas partes:

"... Que las cuestiones que se plantean en el recurso de revisión interpuesto por doña M., amparado en los números 2º y 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio son sistemáticamente las siguientes: Primera, si al no apreciar la Sala sentenciadora el contenido del testimonio librado por el Tribunal de la Rota por entender que se había expedido sin las debidas garantías para ambas partes violó las formalida-

dades esenciales del juicio, produciendo indefensión;...

Que al no conocer el Tribunal de Instancia fuerza probatoria a la certificación o testimonio de particulares de los autos seguidos en el Provisorato de Madrid-Alcalá, entre los actuales esposos, que obra unido al presente juicio, se atemperó a lo preceptuado en los dos últimos apartados de la regla cuarta de las disposiciones transitorias de la Ley de 2 de Marzo de 1932, reproducidos en la de 11 de Septiembre siguiente, que confiere a todos los Tribunales civiles la facultad de conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante los Tribunales eclesiásticos cuando a su juicio hayan mediado las debidas garantías para los litigantes; por cuanto en el presente caso, a pesar de haberse admitido se aportará con delatación contraria y con las debidas garantías, es lo cierto que se obtuvo por la sola solicitud del Procurador apoderado de la parte actora, sin que conste si los autos de los que de otra parte, ni si ésta se la citó para tal objeto a fin de adiccionar los particulares que estimase oportunos, siendo consecuencia lógica y legal por virtud de lo dispuesto en el artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no tener aquel documento, por las razones expuestas, por auténtico y exacto a los efectos de prueba, evidenciado todo lo dicho que la sentencia recurrida no insistió, en cuanto al extremo que se está examinando en la causa 2ª del ya citado artículo 57, puesto que no existió violación de las formalidades esenciales del juicio, ni menos indefensión, ya que la aportación del tan mencionado documento en forma irregular no es imputable al juzgado, que proveyó rectamente, y sí a la propia parte que lo obtuvo que pudo haciendo uso de adecuada diligencia, poner en conocimiento de la autoridad judicial cualquier obstáculo que hubiese podido sobrevenir en la expedición del testimonio para allanar las dificultades si existieron".

(146) Respecto a las pruebas practicadas ante los Tribunales eclesiásticos en los pleitos de nulidad de matrimonio pendientes ante los mismos en que éstos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de Junio de 1932, podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles cuando, a su juicio, hayan mediado

-117-

las debidas garantías para los litigantes, si dichos litigios se sometiesen a la jurisdicción de los mismos que, conforme al artículo cuarto de la Ley de Matrimonio Civil, en su resolución habían de aplicar las leyes canónicas con arreglo a las que fueron contraídas.

**3.2.5. Juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de la Ley de Divorcio:**

De conformidad con la Regla transitoria 5ª de la Ley de Divorcio, en los juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de dicha Ley, cualquiera que sea su estado, se dará traslado al actor para que, en el término de diez días, manifieste si opta por el divorcio vincular que en ella se regula: Si así fuese, debía iniciarse nuevamente el procedimiento y sustanciarse conforme a las disposiciones contenidas en la misma. Si el actor optase por la continuación del pleito, se sustanciaría igualmente con sujeción a los trámites ordenados por dicha Ley, pero la sentencia, en este caso, será de separación y tendrá los efectos previstos en los artículos 38 y 39 de la Ley de Divorcio.

Todo ello sin perjuicio del derecho de los cónyuges para obtener el divorcio o la separación por mutuo disenso.

## CAPITULO SEGUNDO

4. El párrafo 1º del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: discurso de exposición del proyecto de Constitución del Sr. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión de Constitución. Discusión de totalidad del proyecto de Constitución Republicana. Discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución republicana referentes a religión, familia y enseñanza. Discusión del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: votos particulares y enmiendas.

4.1. El párrafo 1º del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: discurso de exposición del proyecto de Constitución del Sr. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión de Constitución.

Nombrada la Comisión de Constitución en la sesión celebrada el día 28 de Julio de 1931 -NUM. 11- (147), el proyecto de Constitución redactado por dicha Comisión se leyó y quedó sobre la Mesa en la sesión del día 18 de Agosto de 1931 -NUM. 22- (148):

El párrafo 1º del artículo 41 del proyecto de Constitución presentado por la Comisión de Constitución disponía:

"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación, en este caso, de justa causa".

El proyecto de Constitución republicana venía a reconocer por primera vez en la historia del Derecho patrio la admisión del divorcio vincular, institución jurídica que lleva aneja la disolución del vínculo conyugal, y, de igual modo, determinaba qué procedimientos o medios se otorgaban a los cónyuges que solicitasen, conforme a la facultad o derecho que el art. 41 del proyecto de Constitución les concedía, la disolución del

matrimonio: el proyecto de Constitución de éste modo, afrontaba y resolvía los dos problemas más controvertidos que se presentan cuando de esta institución jurídica se trata, el de su admisibilidad jurídica y, supuesta la voluntad favorable a la admisión del divorcio vincular, el del sistema a seguir en la regulación de dicha institución jurídica.

Mas era problemática, en una pura técnica jurídica, la inclusión de ambos aspectos en la ley fundamental de la República: de ahí que el Sr. Jiménez Asúa, presidente de la Comisión de Constitución, previendo que algunos de los principios básicos de la parte dogmática del proyecto de Constitución se trataría de excluir con el argumento de que no eran materia del contenido de una Constitución, se adelante en su discurso de exposición del proyecto de Constitución (149) a la polémica técnico-jurídica de cuál había de ser el contenido de una carta constitucional y declare que a la denominada parte dogmática de las Constituciones habían de ser llevados todos aquellos derechos, aspiraciones y proyectos que los pueblos ansían, colocándolos en la carta constitucional para darlos así, no la legalidad corriente, que está a merced de las veleidades de un Parlamento, sino la superlegalidad de una Constitución:

"...Antes de entrar en el examen de los Títulos que integran el proyecto de Constitución que ofrecemos, yo quisiera salir al paso, desde este momento, de una argumentación que estoy seguro ha de esgrimirse como habilidad, más que como contenido propio, en el debate que ha de seguir. Vamos a escuchar constantemente: "Eso no es constitucional"; y de esa manera, algunos de los principios básicos de la parte dogmática se tratará de que sean excluidos.

...Cuando hablemos del Título III, en el que se legisla sobre los derechos y deberes de los españoles, aludiremos a la transformación de la llamada parte dogmática de las Constituciones. Hoy, más que una parte dogmática, puede afirmarse que se trata de una parte substantiva, porque han de ser llevados ahí todos aquellos derechos, aspiraciones

y proyectos que los pueblos ansían, colocándolos en la Carta Constitucional para darlos así, no la legalidad corriente, que está a merced de las veleidades de un Parlamento, sino la superlegalidad de una Constitución.

...No es posible, por tanto, argüir que no es constitucional cualquiera de los preceptos que en nuestra Ley fundamental van a figurar, y no lo es porque el ansia popular lo está reclamando; y cuando nosotros llevamos la prohibición de los castigos corporales y el establecimiento del divorcio, es para que un Parlamento veleidoso, el día de mañana, no pueda, contra los principios y derechos que el pueblo reclama, vulnerar todas esas ansias populares que están latentes y la Cámara ha de recoger" (150).

Mas por encima de las distintas concepciones que acerca de lo que debía ser una carta constitucional tuvieron los Sres. Diputados, late en el discurso de exposición del proyecto de Constitución el temor del Sr. Jiménez Asúa de que, de no incluir determinados principios en el texto constitucional, el día de mañana los Parlamentos que sucedieran a las Cortes Constituyentes no legislasen sobre los mismos.

---

(147) Cfr. Diario de Sesiones, Tomo I, p. 190.

Proclamado en la sesión del día 19 de Julio de 1931 -NUM. 1- D. Julian Besteiro Fernández Presidente interino de las Cortes Constituyentes -tomaron parte en la votación 371 Sres. Diputados, obteniendo 363 votos- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo I, p. 6), se le proclamó como Presidente de las Cortes Constituyentes en la sesión del día 27 de Julio de 1931 -tomaron parte en la votación 332 Sres. Diputados, obteniendo 326 votos- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo I, p. 153).

(148) Proyecto de Constitución republicana redactado por la Comisión de Constitución que se leyó y quedó sobre la Mesa en la sesión del día 18 de Agosto de 1931 -NUM. 22-: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 22.

(149) Pronunciado en la sesión del día 27 de Agosto de 1931 -NUM. 28-: Cfr. Diario de Sesiones: Tomo II, págs. 642-648.

(150) Fragmento del discurso de exposición del proyecto de Constitución leído por el Sr. Jiménez de Asúa en la sesión del día 27 de Agosto de 1931 -NUM. 28-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 643-644.



4.2. Discusión de totalidad del proyecto de Constitución republicana: En la misma sesión del día 27 de Agosto de 1931 -NUM. 28- se inicia la discusión de totalidad del proyecto de Constitución: En esta discusión de totalidad del proyecto de Constitución surgen ya los primeros debates sobre la institución del divorcio vincular:

4.2.1. Argumentos en pro y en contra del divorcio vincular: indisolubilistas y divorcistas:

4.2.1.1. Consumiendo el primer turno en contra del proyecto de Constitución, el Sr. Molina Nieto -sacerdote-, después de proclamar el ateísmo como directriz principal del proyecto de Constitución, destaca que ese ateísmo se agudiza en el artículo 41 del proyecto de Constitución, que supone un ataque, un golpe brutal a la familia: el divorcio vincular como institución que ataca a la religión y supone un golpe brutal a la familia como primer argumento de los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio contra esta institución jurídica, aun cuando de momento no deja de ser sino una afirmación genérica:

"... Este ateísmo se agudiza también en el artículo 41 del mismo proyecto de Constitución, en el cual se da un golpe brutal a la familia; en el cual, no solamente se despoja de todo principio religioso, sino que, de aprobarse como está en el apartado primero del artículo dicho, constituiría verdaderamente un principio y un foco de disolución social" (151).

En términos parecidos se expresa el Sr. Leizaola -minoría vasconavarra- en el discurso que en representación de dicha minoría pronuncia en la sesión del día 8 de Septiembre de 1931 -NUM. 34-:

"... El art. 41 del proyecto dice que la familia queda bajo la protección del Estado. Efectivamente. Dice también que

el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para los dos sexos y se disuelve por el mutuo disenso y por otras causas. Hasta aquí, Srs. Diputados, y no doy a esto ninguna importancia, resulta que, sin más que atender a la letra del art. 41, me dais la razón. En ese artículo especial estableceis las causas de derribo del matrimonio, las causas de su disolución, pero no establecéis las causas, la forma ni la manera de constituirlo. Habéis puesto ahí muy bien la mina para atacar a la religión y la mecha encendida y preparada para ello; habéis preparado también un barreno que hará saltar a la familia" (152).

---

(151) Fragmento del discurso del Sr. Molina Nieto, consumiendo el primer turno en contra del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 648-652.

(152) Fragmento del discurso del Sr. Leizaola: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, págs. 790-796.

En su discurso, el Sr. Leizaola trata de demostrar por primera vez el fundamento de la tesis del divorcio como institución que derriba la familia existente, y trata de hacerlo, como él mismo dice, con hechos, no con apreciaciones ni supuestos: y buscando un criterio de objetividad trata de demostrar, en mi opinión, y al parecer en opinión de la Cámara, desafortunadamente, la incidencia del divorcio en la criminalidad y en el suicidio. Dice:

"... Cuando en días pasados, me convencí de que, al fin, era yo quien iba a consumir este turno de totalidad, empecé a buscar en librerías y bibliotecas un criterio de objetividad para poder argüir ante vosotros con hechos, no con apreciaciones ni supuestos. Pregunté a la Sociología positiva qué opinaba de la obra de la Constitución en materia de divorcio, y cuanto a este punto estricto: si el proyecto constitucional construye una familia más feliz, más perfecta o sencillamente si derriba la familia existente. Desde luego que el matrimonio es una institución de sacrificio; se ha hablado, en verdad y con exactitud, de la "cruz del matrimonio", pero es una cruz inevitable, es un sacrificio que santifica. Pregunté, repito, a la Sociología positiva, y en ella encontré lo siguiente: Primero, que yo iba en busca de un hombre que me diera la solución, y tuve la fortuna, mucha mayor fortuna que Diógenes, de encontrar no sólo un hombre, sino dos; pero las coincidencias, para suerte mía, iban a ser mayores, mucho mayores, porque de los dos hombres que yo buscara y que me dieran la contestación, uno era de la intimidad del Sr. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión y otro era casi hermano del Sr. Ruiz-Funes, también miembro de la Comisión. El hombre de la intimidad del Sr. Jiménez de Asúa era el Sr. Parmeles, autor de un "Tratado de Criminología", que el Sr. Jiménez de Asúa instó a un discípulo suyo a que lo tradujera al Castellano e hizo publicar el mismo, con un prólogo que llevaba su propia firma. El hombre casi hermano del Sr. Ruiz-Funes era el Sr. Duzkheim, cuya obra "El suicidio" ha sido traducida al castellano por el propio Sr. Ruiz-Funes.

¿Qué dicen estos libros?. Pues bien, aquí de la objetividad y de la estadística. El autor del primer libro, entre muchas cosas, estudia de una manera subjetiva la influencia del divorcio en la criminalidad. Pero, lo que es más importante, nos da las oportunas estadísticas: ¿Qué dicen tales estadísticas?. Os voy a dar lectura de ellas; son muy pocas.

En Alemania, en 12 años, por cada cien mil solteros varones, comprendidos entre los

25 y 40 años, hubo 5.831 delincuentes; por cada cien mil casados, de las mismas edades 4.465; por cada cien mil viudos y divorciados, nada menos que 8.071 delincuentes. Entre las mujeres, esas cifras son: 886 para las solteras; 954, para las casadas, y 2.179 para las viudas y divorciadas. Sumando los dos grupos, resulta, como véis, una proporción tal de aumento de criminalidad en viudos y divorciados, que casi se acerca al doble ("Grandes y prolongadas risas de los Sres. Diputados").

En Suiza -y sigo con la delincuencia-, en un quinquenio -no vayáis á creer que escoco las fechas, pues si me refiero a esas es porque son las únicas de que trae datos estadísticos el libro prolingado por el Sr. Jiménez de Asúa-, en un quinquenio, digo, resulta -están separados los viudos de los divorciados ("Grandes risas")- que el divorciado incurre en el delito con una frecuencia siete veces mayor que el soltero, nueve veces más que el viudo y doce veces más que un casado ("rumores y risas"). Hasta aquí el hombre de la intimidad del Sr. Jiménez y Asúa.

¿Y el suicidio? En los países donde el divorcio y la separación de cuerpos son raras, se suicidan, por cada millón de habitantes, 46; donde la separación y el divorcio tiene frecuencia mediana, 109; donde son frecuentes, 257. Casi cinco veces más ("Grandes y prolongadas risas"). Esto no es cosa de risa. Si por las Cortes Constituyentes se implanta en las costumbres españolas el divorcio, si se hace pasar a España del primer grupo al último, vosotros, deliberadamente, habréis cavado la fosa de 4.500 personas cada año ("Nuevas y grandes risas y rumores"). Estos son datos".

4.2.1.2. A favor del principio de indisolubilidad del matrimonio se expresa, de igual modo, el Sr. Gómez Rojí -Minoría Agraria- en su discurso representando a ésta minoría pronunciado en la sesión del 4 de Septiembre de 1931 -NUM. 33-

Para el Sr. Gómez Rojí el matrimonio, si es un contrato -se trataría en todo caso de un contrato especial en cuya naturaleza está la indisolubilidad del vínculo-, es también sociedad, y tratándose de una sociedad permanente, mientras exista ésta no se puede romper aquel.

Alude en su discurso a la libertad del hombre para someterse a un vínculo indisoluble, y propugna para cuando el matrimonio fracasa el remedio de la separación de la convivencia sin llegar a la ruptura del vínculo.

En su intervención se pregunta si la maternidad puede tener la seguridad de sus fines y de su honor, si puede estar garantizada la educación de los hijos si se establece el divorcio:

"... ¿Es que el divorcio está en la naturaleza de las cosas?. ¿Es que la misma naturaleza del hombre y de la mujer no tienden espontáneamente a jurarse un amor eterno?. ¿Es que la maternidad puede tener la seguridad de sus fines y de su honor si se establece el divorcio?. ¿Es que la educación de los hijos puede estar garantizada si se dan facilidades para el divorcio?. Me diréis que el matrimonio es un contrato. Pero es un contrato especial: la especialidad de ese contrato está en que el vínculo es exclusivo entre los cónyuges. En la naturaleza de ese contrato especialísimo está la indisolubilidad de este vínculo conyugal. ¿Es el bien de la sociedad el que vosotros creéis que exige el divorcio?. No, porque la mujer, con el divorcio, queda ultrajada; porque esa mujer tiene que volver ultrajada al seno de su familia, y naturalmente, lleva un estigma que levanta odios entre las familias de los cónyuges. Es que el divorcio resulta

fuelle de todas las debilidades y todas las pasiones. Me diréis: pero si es un contrato, ¿por qué no se puede romper?. Pero si es un contrato es también sociedad, y si es una sociedad permanente, mientras exista la sociedad no se puede romper ese contrato. Pero, ¿y la libertad del hombre, que invocáis?. ¿Es que el hombre va a cercenar su libertad, decía, para someterse a vínculos indisolubles?. Yo os digo: ¿Es que la libertad del hombre no tiene poder para someterse digna y noblemente a vínculos indisolubles?. Si vosotros os apoyáis en la libertad del hombre para decir que rompa ese yugo, nosotros diremos que nos apoyamos en la libertad del hombre para que se someta a un vínculo indisoluble.

Que es intolerable la indisolubilidad. ¡Ah, señores!. ¡Quién desconoce las tristezas de muchos matrimonios!. Pero existe el remedio sin llegar a la ruptura del vínculo, y el remedio es ese divorcio incompleto, esa separación de la casa, esa separación de la convivencia. Así es, señores, que, a última hora, el Estado que legisle cuanto quiera para los efectos civiles del matrimonio; pero, sobre todo, entre los bautizados, el dogma no podrá autorizar que el Estado ponga su mano en cosa tan sagrada" (153).

En ésta intervención del Sr. Gómez Rojí surgen nuevos aspectos en torno a la polémica sobre esta institución jurídica: La consideración del matrimonio como un contrato especial en cuya naturaleza está la indisolubilidad del vínculo, y como sociedad permanente -hasta aquí nada de particular, salvo que no nos dice el porqué la sociedad matrimonial no puede disolverse por determinadas causas, al igual que cualquier otro tipo de sociedad: que el contrato no pueda romper mientras exista una sociedad permanente, no explica que no pueda disolverse esa sociedad permanente-; el remedio de la separación de la convivencia sin llegar a la ruptura del vínculo que propugna el Sr. Gómez Rojí como solución al matrimonio que fracasa sería objeto de especial atención por parte de los defensores del divorcio vincular; de igual modo, el tema de los hijos, que fugazmente

toca el Sr. Gómez Rojí en su discurso, iba a dar lugar a opiniones contradictorias.

4.2.1.3. Quizá uno de los argumentos de más fuerza de los defensores de esta institución jurídica fuera el que pudiéramos denominar "fundamento racional en pro del divorcio": si es el amor lo que une a los cónyuges, no deja de ser lógico querer desatar un matrimonio que el amor no puede sostener, siendo insensato querer condenar a la indisolubilidad del vínculo cuando no hay manera de que se soporten dos en la vida.

Surge este argumento en el discurso que en la sesión del día 1 de Septiembre de 1931 -NUM. 30- pronuncia el Sr. Alvarez Buylla (154), mas es la Srta. Campoamor quien, a continuación del Sr. Alvarez Buylla, hace una exposición detenida del mismo:

"... ¡Ah, el divorcio! ¡Y qué querellas y qué lamentaciones suscita en la Cámara, unas por el principio, otras por el desenvolvimiento! ¡El divorcio! Debe recordarse por todos aquella frase irónica de Montesquieu: "He visto matrimonios: buenos, muy pocos; deliciosos, ninguno". Y bien, lo mismo la ley civil española que la ley canónica están hechas para matrimonios deliciosos. Y ahora le digo al Sr. Alvarez, como representante por su ropa talar de todos sus iguales que en la Cámara se sientan -y los sacerdotes tan bien o mejor que nosotros los abogados lo saben-, que hay una profunda piedad, que hay una profunda ternura en estatuir el divorcio en España, porque no hay matrimonios deliciosos, y es insensato querer condenar a la indisolubilidad del vínculo cuando no hay manera de que se soporten dos en la vida, arrastrando uno de los cónyuges, o tal vez los dos, el peso de esa cadena, a la manera como arrastraban antiguamente los presidiarios bolas de hierro que marcaban la perpetuidad de su pena" (155).

Y continúa la Srta. Campoamor su discurso aludiendo un argumento común también entre los defensores de esta institu-

ción jurídica y que se opone al punto de vista en que se colocan sus detractores al aludir al divorcio vincular como institución que ataca las ideas religiosas: El respeto a las creencias del individuo no da el derecho para imponer a todos esas creencias:

"... También os digo a vosotros que cuando os quejáis del ataque que suponéis contiene la Constitución para las ideas religiosas y sobre todo del divorcio, y este es el punto de vista en que os colocáis para combatirlo, olvidáis que podréis aspirar a que la población civil respete vuestras creencias -proteged el sacramento tanto como queráis. ¿Quién va a negarlo?--; pero lo que no tenéis derecho es a imponer a todos vuestro criterio y vuestra voluntad" (156).

---

(153) Fragmento del discurso del Sr. Gómez Rojí en representación de la minoría agraria: Cfr. Diario de Sesiones, tomo II, p. 764-771.

(154) Fragmento del discurso del Sr. Alvarez Ruylia en contra del proyecto de Constitución: Diario de Sesiones: tomo II, págs. 693-698:

"... Lleváis a vuestro Código el divorcio, y estoy conforme con él. ¿Cómo no voy a estarlo, si es desatar aquello que el amor ya no puede sostener; si es deshacer el contrato cuando falta el "duorum pluriusve in idem placitum census"; si es, en una palabra, dejar al contrato matrimonial en la asplitud de todo nuestro derecho contractual?".

(155) Fragmento del discurso de la Srta. Campomar en el debate de totalidad del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, tomo II, p. 698-701.

(156) Fragmento del discurso de la Srta. Campomar en el debate de totalidad del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, tomo II, p. 698-701.

4.2.2. Polémica técnico-jurídica sobre el contenido de una carta constitucional.

A pesar de que el Sr. Jiménez de Asúa en su discurso de exposición del proyecto de Constitución salía al paso de la objeción que preveía de no ser materia del contenido de una Constitución determinados principios básicos contenidos en el proyecto de Constitución, era indudable que la diferencias fundamental que separaba a los miembros de las Cortes Constituyentes no era sino la distinta concepción de lo que debía ser una carta constitucional: Frente a los que pensaban que la Constitución podía y debía ser analítica -establecer principios y desarrollos- los que consideraban que la Constitución debía ser sintética -establecer principios- se oponían al intento de aquéllos de llevar al texto constitucional cuestiones que propiamente no eran de derecho público.

4.2.2.1. Una primera postura sería la de aquéllos que si bien estimaban debía ir a la Constitución el principio del divorcio, ahí debía parar la obra constitucional: La Ley fundamental de la República debía afrontar y resolver positivamente el problema de la admisibilidad jurídica del divorcio vincular, más la determinación de los procedimientos o medios que habían de otorgarse a los cónyuges que solicitasen la disolución de su matrimonio debían de regularse en una ley especial. Así lo expresa en el discurso que pronuncia en la sesión del día 28 de Agosto de 1931 -NUM. 29-. en representación de la minoría radical, el Sr. Guerra del Río:

"... Familia. Reconocemos y aplaudimos el principio sentado en el proyecto de Constitución. La familia, bajo la salvaguardia del Estado, la igualdad de derecho entre ambos sexos, pero lo demás, después de estimar que deber ir a la Constitución el principio de divorcio, creemos que ahí debe parar la obra constitucional. Las características jurídicas del divorcio, los derechos de los cónyuges, todo eso, a una ley especial, a una ley que mañana puede ser incorporada



al Código Civil.

En la Constitución estimamos que basta asentar el principio de divorcio y la condición de igualdad entre hijos legítimos y naturales, porque esto sí que hace falta, aunque no sea sino para dar una leve esperanza a tantas víctimas que todos los abogados en ejercicios conocemos que existen en la España de los prejuicios religiosos y de la imposibilidad de llegar a una verdadera disolución del matrimonio.

Se dirá por alguien que, con ello, se dan largas al asunto, que llevarlo ahora a la Constitución es establecer más pronto el divorcio. No; eso está en nuestra mano. Ahí está el Sr. Ministro de Justicia, partidario, como la mayoría de nosotros, del divorcio. No veo, no comprendo la incompatibilidad de que, mientras se discute el proyecto de Constitución jurídica, quien sea, prepare la ley de Divorcio e inmediatamente venga aquí a ser discutida, aprobada y sancionada para ser puesta en vigor" (157).

4.2.2.2. Opinaban otros que, aun siendo partidarios del divorcio, su reglamentación no podía ser objeto de una Constitución: en una pura técnica jurídica, no debía incluirse en la ley fundamental de la República el tema del divorcio, no ya el sistema a seguir en la regulación de esta institución jurídica, sino ni siquiera el principio de su admisibilidad. De esta opinión es el Sr. Alvarez Buylla, y así lo expresa en su intervención en la sesión del día 1 de Septiembre de 1931 -NUM. 30-:

"... Lleváis a vuestro Código el divorcio, y estoy conforme con él. Pero no estoy conforme con la reglamentación que le dáis, en primer lugar, porque no puede ser objeto de una Constitución..." (158).

(157) Fragmento del discurso del Sr. Guerra del Río en representación de la minoría radical: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 678-681.

(158) Fragmento del discurso del Sr. Alvarez Buylla en el debate de totalidad del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 693-698.

4.2.2.3. Con la finalidad de sacar del texto del proyecto de Constitución toda alusión al tema del divorcio, los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio serán los principales protagonistas en esta polémica sobre el contenido de una Constitución.

Consumiendo el tercer turno en pro del proyecto de Constitución, el Sr. Sáinz Rodríguez, en el discurso pronunciado en la sesión del día 8 de Septiembre de 1931 -NUM. 34-, señalaba, en la más dura réplica al Sr. Jiménez de Asúa sobre cuál había de ser el contenido de una Constitución, los motivos en contra de llevar al texto constitucional cuestiones ajenas a los temas constitucionales: Son para el Señor Sainz Rodríguez tres los motivos por los que no debían de llevarse a la Constitución aquellos temas que no son propiamente de derecho público -y, entre ellos, el tema del divorcio-: en primer lugar, por un motivo de pura técnica jurídica; en segundo lugar, porque no debían de llevarse a la ley fundamental de la República aquellos temas que son la causa y el origen de la división en dos bandos de toda la sociedad española; y, en tercer lugar, porque si la finalidad del Sr. Jiménez de Asúa al llevar a la Constitución todos aquellos derechos, aspiraciones y proyectos que los pueblos ansían era librarlos de una posible veleidad de las leyes futuras en que se hubiesen de estructurar, esa veleidad que el Sr. Jiménez de Asúa quiere quitar de las leyes, la habrá puesto en el centro mismo del Código fundamental del Estado, condicionando así toda la política del porvenir que no sería más que una política de reforma constitucional, haciendo que otra vez la dinámica de la política española vuelva a ser la del siglo XIX, en que cada partido llevaba una bandera de reforma constitucional:

"... Esta Constitución está recargada en cuestiones fundamentales ajenas a los temas constitucionales. Ya sé que la técnica moderna de muchas Constituciones ha hecho que se lleven al Código fundamental de cada país cuestiones que no son propiamente de derecho público, pero eso, que ocurre

de un modo esporádico en muchas Constituciones, aquí ocurre de una manera casi sistemática. Y es fundamental que se piense que estos temas que se llevan a la Constitución, sin ser peculiares del Derecho público, no sólo por un motivo técnico deben ser separados de ella, sino que deben ser separados porque están ligados cuidadosamente, porque son la causa y el origen de la división en dos bandos de toda la sociedad española.

Decía el Sr. Asúa, en su admirado discurso de exposición del proyecto constitucional, que esta Constitución había acogido temas típicamente revolucionarios y que los habían colocado en ella porque querían que la Constitución, al incorporarlos a su seno, los librase de una posible veleidad de las leyes futuras en que se hubiesen de estructurar. Y yo le digo a la Comisión de Constitución: ¿no piensen SS.SS. en el peligro de que en vez de ser librados esos temas de la veleidad de las leyes, se lleve al texto constitucional mismo esa veleidad?. Si cambia la opinión o hay una fuerza de opinión bastante para rectificar esos temas que ahora se incrustan en el texto constitucional, es evidente, señores, que toda la política del porvenir no será más que una política de reforma constitucional, y esa veleidad que quiere quitar el Sr. Asúa de las leyes la habrá puesto en el centro mismo del Código fundamental del Estado, haciendo que otra vez la dinámica de la política española vuelva a ser la del siglo XIX, en que cada partido llevaba una bandera de reforma constitucional. Entiendo yo que la Constitución ha de ser fundamentalmente un estatuto de garantías, un estatuto de garantías para todos, y si se hace en el texto constitucional que triunfe de una manera definitiva un criterio partidista o sectario, la Constitución será una aspiración a la revolución, pero no será ese texto de garantía para todos, para derechas e izquierdas, que ha de permitir la vida libre de los partidos y que ha de permitir que se desarrolle la futura dinámica de la política española dentro del terreno de la legalidad.

Los temas a que me refiero de una manera especial son: el divorcio, la disolución de las Ordenes y también el de la forma en que están redactadas las garantías de la propiedad. Ya se ha dicho aquí mucho contra el divorcio, y creo que una de las razones por las cuales se le da esa estructura especial que presenta en la Constitución, es por la inspiración de ciertas legislaciones americanas, en donde el divorcio se favorece porque lo que se necesita es procurar una sociedad fecunda para la colonización y para la población. Pero, seguramente, la razón capital que ha puesto el divorcio en esta Constitución es el fundamento religioso del sacramento en España; es decir, es una nota que viene a corroborar todo el panorama jacobino, sectario y antirreligioso de esta Constitución" (159).

Con razones análogas, el Sr. Melquiades Alvarez en su discurso pronunciado en la sesión del día 9 de Septiembre de 1931 -NUM. 35- opone al establecimiento del principio del divorcio en el proyecto de Constitución la posibilidad de que el porvenir pudiera traer a la Cámara una representación de opinión contraria a todos esos preceptos que, con carácter imperativo, se quieren llevar a la Constitución:

"... Claro es que yo no me refiero a nada del divorcio, ni a ninguna de las otras disposiciones que, a mi juicio, os lo digo con toda franqueza, no son propias de un proyecto constitucional. Si establecéis el divorcio y reglamentáis los casos de divorcio -y casi hasta los estáis reglamentando en el proyecto-, ¿qué dejáis para la ley que regule el matrimonio y que pueda establecer el divorcio?. ¿Y qué harían estos legisladores cuando se tratara de elaborar una ley?. Porque vosotros tenéis el deber de mirar para el porvenir, y el porvenir puede traeros aquí una representación que, al discutir la ley que regula las relaciones jurídicas de la institución matrimonial, se oponga, precisamente, a todos esos preceptos que, con carácter imperativo, establecéis en la Constitución; y resultará que, como la Constitución

es una superlegalidad que condiciona la vida de las leyes ordinarias, desde el momento en que legisle en tal sentido, vaya enfrente de la Constitución" (160).

Por encima de la polémica técnico-jurídica sobre el contenido de una Constitución y de las distintas concepciones de lo que debía ser una carta constitucional latía, en unos, el temor manifestado de que una representación futura de la Cámara fuere contraria a los principios que, con carácter imperativo, querían llevar el texto constitucional, dándoles así una superlegalidad que les salvara de las veleidades de Parlamentos posteriores, y en otros, la esperanza no manifestada de que nunca se llegaran a desarrollar esos principios que se esforzaban denodadamente por sacar del proyecto de Constitución: A este fin, los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio combinan el argumento de no ser el divorcio materia constitucional con el de ser su establecimiento en el proyecto constitucional una consecuencia del carácter antirreligioso que inspira al mismo y un ataque formal contra la institución sagrada de la familia.

---

(159) Fragmento del discurso del Sr. Sáinz Rodríguez, consumiendo el tercer turno en pro del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, tomo II, p. 796-801.

(160) Fragmento del discurso del Sr. Melquiades Álvarez en el debate de totalidad del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, tomo II, p. 816-824.

4.2.3. La posibilidad de disolución del vínculo conyugal por la libre voluntad de la mujer.

4.2.3.1. Una frase feliz del Sr. Basilio Alvarez - sacerdote- en su discurso pronunciado en la sesión del día 28 de Agosto de 1931 -NUM.29-, consumiendo el segundo turno en contra del proyecto de Constitución, iniciaba una gran polémica en torno al privilegio jurídico que en favor de la mujer contemplaba el proyecto de Constitución al consagrar la posibilidad de disolución del vínculo por su sola voluntad:

"... ¿Y la familia?. En España apenas teníamos más que ese islote azotado siempre por la resaca: la familia; la familia era el hogar, y quiero darle a la frase toda la fuerza de su estirpe latina; la familia quiere decir algo santo, algo sagrado; vosotros, con la incontinencia tremenda en la pluma, vais a arrebatarnos esa institución que parecía serlo todo. Y vais al divorcio, pero al divorcio con una precipitación escandalosa; que no era materia constitucional, que era obra de una ley objetiva; y vais con esa celeridad para que pueda disolverse el vínculo por voluntad de la mujer: ¡Menos mal que al declarar eso, habéis hecho del histerismo una ley! (Risas-Aplausos)" (161).

Contestando al Sr. Basilio Alvarez, la Srta. Campoamor precisaba:

"... Decía por último, el Sr. Basilio Alvarez, al combatir el divorcio, que habíamos elevado a ley el histerismo. Pade-cía S.S. un ligero error cuando consideraba que el histerismo era nada más que femenino y olvidaba que el histerismo es tan femenino como masculino" (162).

Mas olvidaba, a su vez, la Srta. Campoamor que, si bien el histerismo es tan femenino como masculino, el proyecto de Constitución consagraba sólo en favor de la mujer la posibilidad de disolver el matrimonio por su sola voluntad, lo que no

dejaba de ser un privilegio injusto y peligroso: En la sesión celebrada el día 2 de Septiembre de 1931 -NUM. 31- se concede la palabra al Sr. Basilio Alvarez que, en turno de rectificación, viene a explicar así el sentido de su polémica frase:

"...¡Ah!. Y os acercásteis al divorcio. ¿Y qué?. Ya he tenido la desgracia de que una frase mía hubiese hecho fortuna sin merecerla. Pero ese diagnóstico no es de mi campo. Pasa por derecho propio a la zona del egregio Dr. Marañón. El os contará. Para mí, al romper la igualdad, al no equiparar los dos sexos -porque yo no creo, no puedo creer nunca en la debilidad femenina, ya que tiene hoy todos los derechos, es justo que le correspondan todos los deberes-, yo no podía en aquel momento darle a la galantería una fuerza demasiado sensiblera" (163).

Una frase polémica, no entendida, inicia la discusión en torno al privilegio jurídico que en favor de la mujer contempla el art. 41 del proyecto constitucional al consagrar la posibilidad de disolución del vínculo por su sola voluntad, no obstante ser claro su significado: el principio de igualdad de los sexos no se avenía con ese privilegio que se otorgaba a la mujer (164).

---

(161) Fragmento del discurso del Sr. Basilio Alvarez, consumiendo el segundo turno en contra del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 667-673.

(162) Fragmento del discurso de la Srta. Campoamor en el debate de totalidad del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 698-701.

(163) Fragmento de la intervención del Sr. Basilio Alvarez en turno de rectificación: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 722-724.

(164) Aún cuando el Sr. Iapia tampoco entendiera la frase del Sr. Basilio Alvarez, en su discurso pronunciado el día 1 de Septiembre de 1931 -NUM. 30- alude fugazmente a un tema de interés que en su momento se verá con más detenimiento: la crítica de los detractores del principio de indisolubilidad del matrimonio según la cual la separación de personas y bienes propugnada por los defensores del principio de indisolubilidad para los matrimonios fracasados supone el camino más corto al adulterio:

"... Dijo nuestro gran Basilio Alvarez que instaurar el divorcio era convertir el histerismo en una ley. Señor Alvarez, mas grave que convertir el histerismo en ley es convertir el Sacramento en castigo; más grave es que el histerismo tome, en vez de forma de divorcio, el camino del adulterio, y más grave será que en el voto de la mujer, nos perjudique ese mismo histerismo y que, con la influencia que ejercéis sobre ellas, hagáis posible

la paradoja de que no queráis convertir el histerismo en ley y, en cambio, pretendáis que sea el histerismo el que haga las leyes": Discurso del Sr. Tapia en pro del dictámen de la Comisión al proyecto de Constitución: Diario de Sesiones: Tomo II, págs. 702-705.

El Sr. Gomez Rojí aludiría en su discurso en representación de la minoría agraria al remedio de la separación de la convivencia sin llegar a la ruptura del vínculo para cuando el matrimonio fracasa; el Sr. Tapia se adelanta aquí a esta solución propugnada por los indisolubilistas.



4.2.3.2. En el discurso pronunciado en la sesión del día 1 de Septiembre de 1931 -NUM. 30- por el Sr. Alvarez Buylla se da el nuevo argumento en contra de este privilegio que el proyecto constitucional consagraba en favor de la mujer: el contrato matrimonial no puede anularse por la simple manifestación de una de las partes, pues el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una parte:

"... Lleváis a vuestro Código el divorcio, y estoy conforme con él. Pero no estoy conforme con la reglamentación que le dais,... porque esa reglamentación es contraria al Derecho Romano, padre del nuestro; porque, ¿dónde está aquel matrimonio de Modestino y Ulpiano?. ¿Dónde está el consorcio "omnis vitae"? ¿Dónde está la unión constante que trajo nuestro matrimonio español, aquella que definió el Rey Sabio como "con el fin de non se departir"?

¡Ah!. En ninguna parte. Puede estar en vuestra ley, pero no en la forma que lo lleváis, porque allí se falta a un precepto del derecho, de hermenéutica contractual, según el cual los contratos pueden anularse por la simple manifestación; por eso, dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una parte, es cosa que, dentro del Derecho, tiene un calificativo que, por duro, no puedo emplear para los señores de la Comisión" (165).

---

(165) Fragmento del discurso del Sr. Alvarez Buylla en contra del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo II, p. 693-698.

4.2.3.3. De otra parte, se destacan, en el discurso del Sr. Gordón Ordás, pronunciado en la sesión del día 1 de Septiembre de 1931 -NUM. 30- en representación de la minoría radical-socialista, los peligros de conceder a la mujer que pueda divorciarse por su sola voluntad: No puede suponerse tan específicamente buena a la mujer que ella ha de realizar siempre la petición del divorcio por una causa legítima aunque no la confiese: la posibilidad de que la mujer utilice este privilegio por motivos especulativos es una posibilidad que demuestra la experiencia de los países en que hay excesiva facilidad para el divorcio femenino:

"... Yo me permito también exponer a la Comisión -y en esto hablo en nombre mío, puesto que con nadie de la minoría lo he consultado- una discrepancia en este punto. Nosotros pedimos el divorcio, sí; pero, ateniéndonos a las ideas modernas sobre el particular, queremos que el divorcio sea atendido siempre en lo posible a los fines sociales del matrimonio. Por eso no podemos suscribir nosotros que la mujer pueda divorciarse por su sola voluntad; no nos explicamos tampoco cómo en el mismo artículo en que se propugnan los mismos derechos en el matrimonio, para el hombre y para la mujer, se le dice al hombre: para divorciarte necesitas causa justificada. La mujer, sin embargo, no necesita justificación de ninguna índole. ¿Por qué ésto?. ¿Se supone tan específicamente buena a la mujer que ella ha de realizar siempre la petición de divorcio por una causa legítima, aunque no la confiese?. La experiencia de los países en que hay excesiva facilidad para el divorcio femenino revele, precisamente, lo contrario; que es la mujer quién más propensión tiene siempre al divorcio fácil. ¿No puede ocurrir que haya motivos de reclamo, de especulación o de otra índole en un divorcio?. ¿No podría llegarse, como quizás existe ya en alguna nación, a crear el tipo de la profesionalidad del divorcio?. Yo llamo la atención de los señores de la

Comisión y de la Cámara entera sobre este particular". (166).

---

(166) Fragmento del discurso del Sr. Gordón Ordás en la representación de la minoría radical-socialista: Cfr. Diario de Sesiones, I. II. p. 705-710.

Se extraña el Sr. Gordón Ordás de que los católicos combatan con tanto ensañamiento el divorcio, puesto que el divorcio por causa del adulterio está reconocido en los textos evangélicos incluso el divorcio por esta causa existió en todo el orbe católico hasta su abolición en el Concilio de Trento, siendo las actas de un Concilio, pues, y no Dios, quienes opinaron en contra del divorcio.

Transcribimos aquí sin comentario alguno las palabras del Sr. Gordón Ordás, pues ya en otro capítulo estudiamos detenidamente este argumento en pro del divorcio con base en los textos evangélicos:

"... A mí me sorprende que los católicos combatan con tanto ensañamiento el divorcio, porque el divorcio, sobre todo por una causa, por la causa que fundamentalmente lo pide el hombre, está reconocido en el versículo noveno del capítulo 19 del Evangelio de San Mateo, con palabras de Cristo, y en los versículos séptimo y octavo de ese mismo capítulo se pregunta a Cristo, y Cristo contesta, porque Moisés dio la carta del Divorcio.

Pero es que, además, el divorcio por esta causa existió en todo el orbe católico hasta el siglo XV en que el Concilio tridentino lo abolió. Son, pues, los hombres, son las actas de un Concilio y no Dios quienes opinaron en contra del divorcio. El divorcio, por lo tanto, al menos en ese aspecto tan delicado, es un principio religioso; y es mejor este principio que someterse a lo que el Concilio tridentino dice, porque, según él, como no hay causa de divorcio, el hombre católico tiene que soportar tranquilamente hasta el adulterio".

4.3. Discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución republicana referentes a religión, familia y enseñanza:

En la sesión celebrada el día 8 de Octubre de 1931 -NUM. 52- se inicia la discusión de totalidad sobre los artículos referentes a religión, familia y enseñanza; en esta discusión de totalidad sobre los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza se había de continuar el debate en torno a esta institución del divorcio vincular: Divididas las opiniones en dos grupos, indisolubilistas y divorcistas, unos y otros, defensores y detractores del divorcio como institución jurídica, intentarán llevar al ánimo de la Cámara los argumentos en pro y en contra de esta institución.

4.3.1. Argumentos en pro y en contra del divorcio vincular: indisolubilistas y divorcistas:

4.3.1.1. Aún cuando en esta fase de discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza se insista por los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio en la consideración del divorcio vincular como institución que atenta contra la familia (167), se intenta ahora por los partidarios de esta institución jurídica conciliar el divorcio vincular con el decoro debido al concepto de familia: esta conciliación supone la admisión restringida del principio de disolubilidad del vínculo conyugal, esto es, la posibilidad del divorcio vincular por causa grave que lo justifique.

En esta sesión del día 8 de Octubre de 1931 -NUM. 52-, el Sr. López Varela alude, en un intento de conciliar a unos y otros, a la posibilidad de admitir el principio de divorcio de una manera restringida:

"... Pero lo que más ha chocado en todos los sectores de la opinión es el proyecto de establecimiento del divorcio,

y en éste punto hanse dividido las opiniones en dos grupos: de un lado, los indisolubilistas, y de otro, los divorcistas.

Los que opinan en contra del divorcio se oponen a él, fundándose en que, con su institución, se crea un instrumento que fácilmente contribuiría a la posibilidad de disolución de la mayoría de las familias; y, además de este argumento, presentan el de que en una necesidad social la existencia de esa minoría de divorciados por sí mismos que, habiendo constituido el hogar, no han sido capaces de sostenerlo. Y yo digo: si nosotros asentamos las bases del contrato matrimonial en el temor, solamente en el temor de que la institución del divorcio sea un instrumento de posible destrucción de la familia, y si nosotros admitimos, además, la necesidad que propugnan los indisolubilistas de la existencia de esa minoría de sacrificados, esto sería tanto como afirmar las bases del derecho contractual del matrimonio en las veleidades de un capricho o dar patentes de inafabilidad a unas relaciones amorosas, como si en ellas los enamorados no pudieran haberse equivocado.

Por eso yo acepto, en principio, la existencia del divorcio. Ahora bien, aunque mi propósito es consumir un turno en pro de la totalidad del título que estamos debatiendo, no puedo mostrar en absoluto mi conformidad con todo él. Yo quiero manifestar algunas de las diferencias psicológicas que forzosamente tienen que existir entre el espíritu vertidos en esos artículos por la Comisión y el de esto modesto Diputado. Admito el principio de la existencia del divorcio como necesario y lo admito no por un capricho, sino porque hay un punto de coincidencia entre la posición de los indisolubilistas y la de los divorcistas; y ese punto de coincidencia es el de que en los dos lados se propugna que la familia no puede disolverse cuanto esté ya constituida y que aquella que sea destruida por defectos de constitución pueda rehacerse en el momento en que se desee. Por lo tanto, este principio del divorcio ha de ser admitido de una restringida"(168).

4.3.1.2. Con base al que denominaremos "fundamento racional en pro del divorcio" -el matrimonio existe, no tiene más razón de existencia, no tiene más razón de vida, que el mutuo amor entre los cónyuges, y cuando ese mutuo amor desaparece, y cuando ese movimiento de atracción se rompe, el intentar conservar el matrimonio es tratar de conservar una caricatura del mismo, que no puede subsistir-, el Sr. Cirilo del Río, que sigue en la tribuna de oradores al Sr. López Varela, consumiendo un turno en pro de las materias del Título III del proyecto de Constitución, y llegando en definitiva a conclusiones similares a las del Sr. López Varela, cree que el establecimiento del divorcio vincular, no sólo no va en mengua, en desdoro, en menosprecio del concepto de familia, sino que, por el contrario, afirma el concepto de familia: mas aun cuando el divorcio no vaya contra el matrimonio, ni contra la familia ni contra los hijos, el matrimonio no podía disolverse sino mediante causa grave que lo justificara. Se niega, pues, la crítica de los detractores de esta institución jurídica de ser el divorcio un instrumento de destrucción de la familia, mas no se admite éste sino por causa grave que lo justifique:

"... En este sentido, y con ese concepto de la familia - concepto de familia nacido de la sangre, de la naturaleza, de la generación y no del que surge al amparo de una fórmula que es un sacramento o un contrato-, yo tengo que decir aquí, aunque en principio parezca una paradoja, que os habéis preocupado tanto de prestigiar la familia, que habéis establecido en el precepto constitucional el principio del divorcio vincular. Hay quien cree en la Cámara que el establecer el divorcio va en mengua, va en desdoro, va en menosprecio del concepto de familia. Yo creo, señores, que esto es una gran equivocación; yo creo que el matrimonio existe, que tiene más razón de existencia, que no tiene más razón de vida, que el mutuo amor entre los cónyuges, y cuando ese mutuo amor desaparece, y cuando ese movimiento de atracción se rompe, el intentar conservar el matrimonio es tratar de conservar una caricatura del mismo, que no puede subsistir.

Y por eso creo que se afirma el concepto de familia, estableciendo el divorcio vincular; por eso creo que de todas las leyes de libertad que salgan de este Parlamento, ninguna tendrá alcance tan liberal como la ley de Divorcio, porque no hay derecho a sacrificar a un perjuicio religioso la vida de dos seres que se han hecho perfectamente incompatible por causas ajenas a su voluntad. El matrimonio tiene principal y fundamentalmente la significación de un contrato, y así como a todo contrato temporal le da vida la libertad, en un contrato de tiempo indefinido, de tiempo indeterminado, es preciso que la libertad de los contratantes, el propósito de los contratantes de continuar la vida del contrato perdure, porque si no es sacrificar la felicidad a un momento, como decía antes uno de los oradores, que puede constituir un error o una equivocación. Pero siendo yo partidario del divorcio, creo que el divorcio no va contra el matrimonio, y que no puede ir contra la familia ni contra los hijos, porque aquellos hijos que tengan la desgracia de que sus padres viven una vida que haga posible y necesario el divorcio entre ellos, se le hace mejor servicio separando la vida en común de sus padres, que sometiéndoles a que presencien las escenas de desavenencias y de vida de relación agresiva que necesariamente tienen que presenciar. Identificado, pues, con este concepto, no puedo establecerlo en absoluto con la forma como regula el divorcio el proyecto constitucional, porque éste, en mi entender, tiene un grave error al regular la posibilidad del divorcio. Nosotros, que somos partidarios del divorcio, no lo somos sino mediante causa grave que lo justifique; lo contrario sería poner la santa institución del matrimonio al servicio de la concupiscencia. No creemos que pueda disolverse el matrimonio sin la concurrencia de causas graves que tengan una razón de realidad" (169).

4.3.1.3. Por primera vez se alude en el discurso del Sr. del Río a la problemática de los hijos para, y en base al que determináramos "fundamento racional en pro del divorcio",

aplicado al tema de los hijos, demostrar que el divorcio no va contra los hijos, pues lo que va contra éstos son las continuas escenas de desavenencias y de vida de relación agresiva que necesariamente se dan en matrimonios que no tienen ya razón de existir.

Mas en esta fase de discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y educación sería el Sr. Juarros quien en su discurso, a continuación del Sr. Del Río, sostendría, en relación a este tema de los hijos, una opinión nueva y sorprendente: el divorcio, sostiene el Sr. Juarros, debe propugnarse como medio de defensa de los intereses de los hijos, y llega a defender la posibilidad de crear un divorcio forzoso para aquellos casos donde los padres no quieren divorciarse, pero el interés de los hijos obligue a separar al matrimonio:

"... Existen tres maneras de enfocar el problema del divorcio. Uno, conforme al criterio religioso, punto de vista moral. Se niega el divorcio en defensa de una moral, ignorando que la moral evoluciona con el tiempo y representa siempre una actitud pasajera. Otra, al parecer adoptada por la Comisión, es hacer del divorcio un medio para facilitar la felicidad de los que han contraído matrimonio y se han equivocado. Yo sostengo el punto de vista de que el divorcio debe propugnarse como medio de defensa de los intereses de los hijos; y por eso, en una enmienda que defenderé llevo a sostener la posibilidad de crear un divorcio forzoso para aquellos casos donde los padres no quieran divorciarse, pero el interés de los hijos obligue a separar al matrimonio. Esto acaso os resulte un poco avanzado, pero de alto sentido biológico. El hombre actual vale mucho, pero siempre menos que el hombre futuro (El Sr. Pérez Madrigal: Pero los hijos no val a impedir la función de los padres. -Risas-). Esa interpretación no tiene nada que ver con lo que estoy diciendo, ni nadie ha sostenido que los hijos impidieran la función de los padres. Me refiero al caso en que los padres, por intereses



metálicos o por otras razones, se obstienen en permanecer unidos, causando un perjuicio a los hijos. Hay muchos matrimonios obstinados en no separarse, porque ello supondría la quiebra de una vida social cómoda y dando escándalos diarios, representando escenas violentas, siendo los que verdaderamente padecen sus hijos. En este caso debe estar la conveniencia de los hijos sobre el interés de los padres. ¿Está claro?, Sr. Pérez Madrigal?" (170).

Podemos decir que el punto de vista del Dr. Juarros es consecuencia lógica, el paso siguiente de lo ya mantenido por el Sr. Del Río: Si son los hijos los perjudicados ante las escenas de desavenencia y de vida de relación agresiva que necesariamente se dan en matrimonios que no tienen ya razón de existir, porque no hay manera de que los cónyuges se soporten, cuando, a pesar de ello, los cónyuges insisten, por intereses materiales o por otras razones, en permanecer unidos, debe propugnarse el divorcio como medio de defensa de los intereses de los hijos. Mas, como se ha de ver, son muchos los argumentos en contra de esta opinión del Sr. Juarros; y es que esos mismos intereses materiales u otras razones de tipo social pueden jugar de igual modo en perjuicio de los hijos si se obliga a los cónyuges, sin desearlo, a separarse como medio de defensa de los intereses de los hijos, pues esos intereses no son sólo de índole afectiva, sino también de índole económico-social.

Con todo, la problemática de los hijos surge ya en esta fase de discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza, y, paradójicamente, son los defensores del divorcio vincular los que inician esta polémica para sostener sus pretensiones en favor de esta institución jurídica.

4.3.1.4. En la fase de discusión de totalidad del proyecto de Constitución, el Sr. Gómez Rojí, en representación de la minoría agraria, aludía al remedio de la separación de la convivencia sin llegar a la ruptura del vínculo como solución

al matrimonio que fracasa: Frente a esta opinión propugnada por los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio, se expresa por los detractores del principio de indisolubilidad que dicha solución supone el camino más corto al adulterio.

Si el Sr. Tapia aludía ya veladamente a esta crítica -"más grave es que el histerismo tome, en vez de la forma de divorcio, el camino del adulterio"-, es, en esta fase de discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza, en el discurso pronunciado en la sesión del día 9 de octubre de 1931 -NUM. 53- por el Sr. Poza Juncal -de la minoría de "Federación Gallega"- donde esta crítica toma su forma más clara: Si los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio prefieren, antes de aceptar el divorcio vincular, que haya matrimonios que, con escándalo público, vivan, con gran escándalo para la familia y mal ejemplo para los hijos, en pleno concubinato y en pleno adulterio, antes de consentir eso es preferible abordar de frente el problema e ir al divorcio, máxime cuando la ley no obliga al que cree que el vínculo no puede romperse:

"... Yo digo que en esto no se puede transigir ni un ápice, porque es absurdo que no quiera la Iglesia aceptar el divorcio vincular, y en cambio prefiera, como todos sabemos, que haya matrimonios que, con escándalo público, no se divorcien porque no pueden, pero en cambio estén viviendo en pleno concubinato y en pleno adulterio, con gran escándalo para la familia y con corrupción y mal ejemplo para los hijos. Antes que consentir eso, es preferible abordar de frente el problema e ir al divorcio. ¿Cómo no hacerlo si se ha ido ya a ello en casi todos los pueblos europeos?. Nadie se asusta de eso; son muchos los católicos que lo aceptan y grandes autoridades de la Iglesia también. El que sea católico de verdad, el que crea que el vínculo no se puede romper, como la ley no es obligatoria, para él como si no existiera el divorcio. Pero, ¿Por qué no va a existir para aquéllos que siendo católicos, o no siéndolo,

quieren aceptar el divorcio y acogerse a una ley? (171).

---

(167) En la Sesión del día 8 de Octubre de 1931 -NUM. 52-, el Sr. Martínez de Velasco insiste, en su discurso, en el argumento base de los detractores de esta institución jurídica: el divorcio vincular como institución que atenta contra el concepto que siempre se ha tenido de la familia en el solar español.

"... Pero es que el principio que se sustenta va contra el concepto que siempre se ha tenido de la familia en el solar español. Estímulo de todas las actividades, aliento en todas las amarguras, amparo en los vencimientos y desmayos que la vida lleva anejos, no se puede atentar contra ella, sino haciéndolo a la vez contra principios fundamentales que todos hemos recibido como consoladora tradición de nuestros mayores. Además, de nada servirá el precepto, porque aquel que no haya encontrado en el hogar el reflejo de éstas virtudes y la realidad de éstas compensaciones, nada resolverá con poder invocar en su infortunio el artículo de que estamos ocupándonos, porque siempre llevará sobre la frente el estigma de tristeza que seguramente habrá de producirle el no haber acertado a resolver el problema mas fundamental de su vida": Fragmento del discurso del Sr. Martínez de Velasco en el debate de totalidad de las materias del título III del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1534-1536.

(168) Fragmento del discurso del Sr. López Varela, consumiendo un turno en pro de las materias del título III: Cfr. D.S., Tomo III, p. 1536-1537.

(169) Fragmento del discurso del Sr. Cirilo del Río consumiendo un turno en pro de las materias del título III del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1538-1543.

(170) Fragmento del discurso del Sr. Juanros en el debate de totalidad de las materias del título III del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1543-1545.

(171) Fragmento del discurso del Sr. Poza Juncal, perteneciente a la minoría de "Federación Gallega", aun cuando habla en su propio nombre, en el debate de totalidad de las materias del título III del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1577-1581.

4.3.2. Polémica técnico-jurídica sobre el contenido de una carta constitucional.

La polémica técnico-jurídica de si había o no de llevarse a la Ley fundamental de la República el principio del divorcio no iba a trascender apenas en esta fase de discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza.

4.3.2.1. Partidario del principio del divorcio, mas consecuentemente con su intento de conciliar esta institución jurídica con el decoro debido al concepto de familia, el Sr. López Varela cree que, si bien debe sentarse el principio del divorcio en el texto constitucional, su regulación, con normas tan rígidas como sea necesario, debía dejarse a las leyes adjetivas:

"... Por consiguiente, debe sentarse el principio del divorcio, dejando a las leyes adjetivas su regulación, con normas tan rígidas como sea necesario, para que no resulte un instrumento de la disolución de la mayoría de las familias, como propugnan los indisolubilistas, y sí un elemento de constitución o de reconstitución, mejor dicho, de esas familias de minoría a que se alude por los mismos indisolubilistas. En este terreno me parece indiscutible que debemos admitir el principio del divorcio" (172).

4.3.2.2. Con la finalidad ya señalada de los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio de sacar del texto del proyecto de Constitución toda alusión al tema del divorcio, el Sr. García Gallego -sacerdote-, en su discurso pronunciado en la sesión del día 9 de octubre de 1931 -NUM. 53-, insiste en el argumento de no ser el divorcio vincular una exigencia del Derecho político para llevarlo a un proyecto Constitucional:

"... ¿Cómo se nos va a decir también que el divorcio vincular es una exigencia del Derecho político contemporáneo, cuando todos sabemos que en las Constituciones de los pueblos europeos y americanos no figura tal cosa?. Está ese divorcio vincular establecido en las leyes civiles de muchos países, pero en sus Constituciones no, porque éste no es un problema, por su complejidad, por sus repercusiones, por su delicadeza, para ser llevado a un proyecto constitucional, con esa sencillez, con ese carácter absoluto y al mismo tiempo con esa exageración tan avanzada con que nos lo presenta resuelto nuestra Comisión parlamentaria. Hay bastantes naciones, además, que no admiten el divorcio vincular con que nos lo presenta resuelto nuestra Comisión parlamentaria" (173).

---

(172) Fragmento del discurso del Sr. López Varela, consumiendo un turno en pro de las materias del Título III del Proyecto de Constitución; Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1536-1537.

(173) Fragmento del discurso del Sr. García Gallego en el debate de totalidad de las materias del Título III del proyecto de Constitución; Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1569-1577.

4.3.3. La posibilidad de disolución del vínculo conyugal por la libre voluntad de la mujer.

4.3.3.1. En esta fase de discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza, la polémica en torno al privilegio jurídico que en favor de la mujer contemplaba el art. 41 del proyecto de Constitución al consagrar la posibilidad de disolución del vínculo conyugal por su sola voluntad, se inicia ya en el discurso del Sr. López Varela que, consecuentemente con su intención de conciliar el principio de divorcio con el decoro debido al concepto de familia, y partidario de admitir el principio del divorcio de una manera restringida, muestra su disconformidad con que a la mujer se le dé plena libertad para poder, cuando quiera, divorciarse:

"... Yo no puedo estar conforme con que a la mujer se le dé plena libertad para poder, cuando quiera, divorciarse, y no es que me asuste el concepto de libertad, pues cuánto más adelante se vaya me parecerá mejor; pero no puede estar conforme -pese a que es un caso que se ha realizado ya en Rusia- con que la mujer, aun siendo cierto que es la que más padece en el matrimonio, pueda liberarse de esta carga cuando le convenga o se le ocurra. En primer lugar, esta idea no está arraigada en el espíritu de la mujer española y, además, ésta, a pesar del sacrificio que para ella significa el matrimonio, es profundamente respetuosa con él. Por ello debemos mantener ese respeto en el precepto constitucional" (174).

4.3.3.2. Al admitir de igual modo el principio del divorcio de una manera restringida -"no creemos que pueda disolverse el matrimonio sin la concurrencia de causas graves que tengan una razón de realidad"-, había necesariamente que llegar a la misma conclusión del Sr. Del Río: Y efectivamente considera el Sr. del Río como una verdadera herejía jurídica establecer que pueda disolverse el matrimonio con sólo la petición de la

mujer. En contra de la posibilidad de disolución del vínculo por la libre voluntad de la mujer señala el Sr. Del Río; como ya hiciera antes el Sr. Alvarez Buylla, el argumento de que, siendo el matrimonio un contrato, éste no podía disolverse por la sola voluntad de una de las partes; mas añade que, compartiendo el criterio de que la mujer se halle en un plano de igualdad con el hombre, ese privilegio jurídico en favor de la mujer se encuentra, sin embargo, en contradicción con otros artículos ya aprobados del texto constitucional, en que se había establecido que el sexo no podía ser causa de privilegio jurídico (175):

"... Identificado, pues, con este concepto, no puedo estarlo en absoluto con la forma como regula el divorcio el proyecto constitucional, porque éste en mi entender tiene un grave error al regular la posibilidad del divorcio. Nosotros, que somos partidarios del divorcio, no lo somos sino mediante causa grave que lo justifique; lo contrario sería poner la santa institución del matrimonio al servicio de la concupiscencia. No creemos que pueda disolverse el matrimonio sin la concurrencia de causas graves que tengan una razón de realidad, y de ahí que consideremos -perdone la Comisión la crudeza de la expresión- como una verdadera herejía jurídica establecer que pueda disolverse el matrimonio con sólo la petición de la mujer.

Yo guardo grandes respetos para los maestros que han dictado el proyecto de Constitución; no tengo la pedantería ni la petulancia de pretender equipararme a ellos en el conocimiento técnico del Derecho; pero razonando acaso con un criterio jurídico un poco elemental, tengo aprendido que uno de los principios básicos de toda contratación - y el matrimonio, desde el momento en que le arrancáis, bien arrancado en mi concepto, su adpecto de sacramento y le dais una vida puramente contractual, tiene que quedar sometido a ella-, uno de los principios básicos de la contratación, repito, es el de que un contrato no puede disolverse por la voluntad de una sola de las partes.

Pero es que, además, ese concepto contradice artículos ya aprobados del proyecto de Constitución. Nosotros, en artículos que hemos aprobado ya, hemos establecido que no podrá ser causa de privilegio jurídico el sexo, y es indudable que en el artículo que regula el matrimonio, el sexo viene a ser un privilegio jurídico en favor de la mujer. Y bien está -nosotros compartimos el criterio- que la mujer se halle en un plano de igualdad con el hombre; pero mientras la Comisión no nos dé razones jurídicas que nos convenzan de lo contrario, nosotros seguiremos combatiendo este precepto constitucional porque no queremos que la Constitución de España permita que se pueda dar el caso de un matrimonio en que el marido enferme de una de esas enfermedades que no deben ser causa de divorcio y que la mujer con su espíritu egoísta, abandone al marido enfermo y pueda separarse con sólo hacer la manifestación de su voluntad ante el Juzgado (Muy bien, muy bien) (176).

4.3.3.3. Si el Sr. Del Río no comprendía las razones jurídicas de ese privilegio jurídico en favor de la mujer, sería el Dr. Juarros quien a continuación trataría de vislumbrar la razón determinante de que tal precepto figure en la Constitución: se querría evitar a la mujer el rubor de declarar que en algunos casos pide el divorcio por motivos de índole fisiológica. Según el Dr. Juarros, la razón determinante de que se hubiese concedido a la Mujer la facultad de solicitar el divorcio sin necesidad de justificación sería la creencia de que la mujer, por pudor, preferiría en ciertos casos guardar silencio a tener que alegar determinadas causas de divorcio relacionadas con la función sexual. Mas dicha razón sería insuficiente para aceptar la idea de que el divorcio pueda concederse a la mujer sin necesidad de justificación: la necesidad de considerar la función sexual como otra función cualquiera del organismo, la existencia de supuestos en que también debe admitirse que el hombre tiene razones para callar, como el caso en que el varón digno debe pedir el divorcio por insuficiencia personal, y el evitar que una mujer pueda, por razones patológicas en algunos casos y



en otros por estímulos meramente crematísticos, pedir el divorcio sin tener que justificarlo, son motivos suficientes para el Dr. Juarros para manifestarse contrario a la idea de que el divorcio pueda concederse a la mujer sin necesidad de justificación:

"Aceptado el divorcio, por razones que no he de tratar aquí, pues serán objeto de una enmienda, tengo que hacer oír mi voz, contraria a la idea de que el divorcio pueda concederse a la mujer sin necesidad de justificación. Parece obedecer tal propósito, en apariencia, a la idea de estimar a la mujer superior al hombre. En el fondo no hay sino tendencia a considerarla inferior, por incapacidad de expresión. ¿Verdad, Srta. Campoamor?. La razón determinante es probablemente ésta: evitar a la mujer el rubor de declarar que en algunos casos pide el divorcio por motivos de índole fisiológica (Rumores). Esta razón tiene los siguientes aspectos:

Están bastante cercanos tiempos donde el buen sentido imperará, empezando a considerarse la función sexual como otra función cualquiera del organismo (Risas). La mayoría de los conflictos que surgen en la vida sexual, nacen del absurdo de creer que la función sexual es algo aparte de otra cualquiera, por ejemplo, la respiratoria o la digestiva (Nuevas risas).

En el momento en que el deseo sea considerado fisiológico y se cercenen cuantos prejuicios se han insertado equivocadamente en una función trascendente para la especie, pero en esencia una más del organismo, ni la mujer sentirá rubor hablando hablando de ella ni se envolverán en un ambiente de vergüenza necesidades naturales, legítimas y sagradas (Aplausos y risas).

Segundo aspecto, igualmente interesante. El pudor no es sino un medio de selección variable con los tiempos, las edades, las civilizaciones y los kilómetros que separan

a un pueblo de otro. Ya un poco viejo, puedo decir,...os digo que he visto cómo tienen ahora de buen tono, no reñidos con el pudor, gestos, actitudes y palabras que cuando yo iba al colegio considerábamos como impudicia. Si esto es así no tiene nada de particular que en cuanto a la mujer se le permita expresar con completa independencia sus sentimientos y vea en el matrimonio no una carrera, sino un motivo de colaboración espiritual y física, cambie totalmente el sentido del pudor, desapareciendo esa resistencia, esas ocultaciones que ahora invócanse para sostener que la mujer no debe decir los motivos por que quiere divorciarse.

También hay hombres con razones para callar (Risas). Casos en que el varón digno debe pedir el divorcio por insuficiencia personal (Risas prolongadas). En este caso no me negará la Cámara que tanto sonrojo ha de padecer un sexo como otro.

Ha de tenerse en cuenta que si admitimos un estado de pudor en la mujer -la mujer que tiene el pudor de sus intimidades- acusa una nobleza y una generosidad que la harán fácil sobrellevar su desgracia, dada la actitud biológica pasiva que en la naturaleza le corresponde. La mujer se resigna con más facilidad que el hombre. Evitemos que una mujer pueda, por razones patológicas en algunos casos y en otros por estímulos meramente crematísticos, pedir el divorcio sin tener que justificarlo. Es probablemente superior el nivel ético de la mujer con relación al hombre; pero nadie negará la existencia de mujeres capaces de dar ciento y raya a los hombres de peor condición (Risas)" (177).

4.3.3.4. Por su parte, el Sr. Beunza, de la minoría vasco-navarra, en su discurso pronunciado en la sesión del día 10 de Octubre de 1931 -NUM. 54-, expresa su sorpresa y su convicción de que la Cámara no llegaría a admitir una injusticia de tal naturaleza:

"... Hemos de discutir, cuando lleguemos al articulado, el efecto que ha de producir en las familias cristianas lo que se establece con relación al divorcio, porque el precepto parece una fantasía ya que en la forma en que está el proyecto tengo la seguridad de que ni la misma Comisión lo tendrá. Por ejemplo: eso de que la voluntad de uno sólo de los cónyuges baste para deshacer la sociedad conyugal en una mañana (Un Sr. Diputado: O en una noche.- Grandes risas) es una injusticia de tal naturaleza que yo no creo que la Cámara no pueda admitir. La Cámara se ríe, pero yo creo que... (El Sr. De la Villa: S.S. también se sonríe). Yo no me río, pero aunque me riera, sería porque estoy convencido de que no se llegará a ese caso" (178).

---

(174) Fragmento del discurso del Sr. López Varela consumiendo un turno en pro de las materias del Título III; Cfr. D.S. I.III, p. 1536-1537.

(175) Alude el Sr. Del Río al art. 25 de la Constitución de la República Española, que ya se había aprobado:

"... No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas".

(176) Fragmento del discurso del Sr. Del Río consumiendo un turno en pro de las materias del título III del Proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1538-1543.

(177) Fragmento del discurso del Sr. Juanes en el debate de totalidad de las materias del Título III del proyecto de Constitución: Cfr. D.S., Tomo III, p. 1543-1545.

(178) Fragmento del discurso del Sr. Beuza, de la minoría vasco-navarra, en el debate de totalidad de las materias del título III del proyecto de Constitución: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1632-1639.

4.4. Discusión del artículo 41 del proyecto de Constitución republicana: votos particulares y enmiendas.

En la sesión celebrada el día 15 de Octubre de 1931 -NUM. 57- se inicia la discusión del artículo 41 del proyecto de Constitución, mas la Comisión de Constitución, reunida esa misma mañana, había acordado, por mayoría de votos, admitir, refundiéndolos los votos particulares de los Sres. Ruiz-Fuentes (179) y Villanueva (180) y, en consecuencia, modificar el primitivo dictámen en este sentido:

"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por medio del divorcio, que será regulado por una ley".

En consecuencia, de conformidad con los mismos de la Comisión que habían suscrito dichos votos particulares, quedan éstos retirados.

Mas esta modificación del dictámen coge de sorpresa a los Sres. Diputados, y plantea, a su vez, una cuestión de interpretación del Reglamento de la Cámara: después de empezar a discutir un artículo, no se podía presentar ninguna enmienda, con lo que no se podía impugnar el nuevo texto que pasa a ser dictámen, ni se podía desconocer el derecho de la Comisión a introducir modificaciones en el dictámen, admitiendo enmiendas o votos particulares. Coincidiendo el nuevo texto del dictámen, con una ligera modificación, con el voto particular del Sr. Ruiz-Fuentes, el Presidente de la Cámara creyó oportuno, por la problemática presentada, y a pesar de haber admitido la Comisión, refundiéndolos, los votos particulares de los Sres. Ruiz-Fuentes y Villanueva en el nuevo texto del dictámen, que se sometiera aquél a la toma en consideración de la Cámara: si la Cámara lo toma en consideración, de hecho pasa a ser dictámen; si no lo toma en consideración, no pasa a ser dictámen, por cuanto la Cámara es soberana por encima de la Comisión y por

encima de todo. Verificada la votación en forma ordinaria, queda tomado en consideración el voto particular del Sr. Ruiz-Funes por 146 votos contra 101, anunciándose que quedaba incorporado al dictámen. En consecuencia no se podrían presentar enmiendas al nuevo dictámen, salvo aquellas que estaban presentadas al primitivo (181).

Como puede compróbarse, si en el dictámen primitivo se establecía el divorcio con formas específicas, en el nuevo dictámen se habla tan sólo de que una ley especial determinará las formas del divorcio. Se recoge, pues, la postura de aquellos que, si bien estimaban debía ir a la Constitución el principio del divorcio, ahí debía parar la obra constitucional: la Ley fundamental de la República debía afrontar y resolver positivamente el problema de la admisibilidad jurídica del divorcio vincular, mas la determinación de los procedimientos o medios que habían de otorgarse a los cónyuges que solicitasen la solución de su matrimonio debían de regularse en una ley especial. Consecuencia inmediata de la nueva redacción del dictámen era que ya no tuviere razón de ser la polémica en torno al privilegio jurídico que en favor de la mujer contemplaba el primitivo dictámen al consagrar la posibilidad de disolución del vínculo por su sola voluntad.

4.4.1. Voto particular de los Sres. Gil Robles -minoría agraria- y Leizaola -minoría vasco-navarra- al art. 41 del proyecto de Constitución (182).

Leído en la misma sesión del día 15 de octubre de 1931 -NUM. 57- y encaminado a pedir que la materia del divorcio se excluya totalmente en el Constitución y queda confirmada a una ley, estando ausentes de la Cámara los Sres. firmantes del voto, juntamente con sus minorías respectivas (183), pide la palabra el Sr. Ossorio y Gallardo -que no firmó ni podía firmar el voto particular por no ser miembro de la Comisión- para defender el voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola, concediéndosele por el Sr. Presidente en consideración al

hecho de la ausencia de los Sres. Diputados que firmaron el voto particular:

En defensa del voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola, el Sr. Ossorio y Gallardo, después de tratar del episodio político de la ausencia de unas minorías (184), argumenta y se opone, a pesar de entender que el tema está absolutamente prejuzgado en la Cámara, a la disolubilidad del matrimonio:

En su intervención surge de nuevo la polémica técnico-jurídica sobre el contenido de una carta constitucional: para el Sr. Ossorio y Gallardo, la declaración y regulación del divorcio es materia de una ley civil, no de una Constitución y, como ya señalaran los Sres. Sáinz Rodríguez y Melquiades Alvarez, entiende que no se han de llevar a la Constitución materias legales que pueden necesitar modificación el día de mañana. Mas, por encima de la polémica técnico-jurídica sobre el contenido de una Constitución, en su intervención muestra el Sr. Ossorio y Gallardo su opinión contraria al divorcio, declarando, en apoyo y defensa de su convicción, que, a su entender, la disolubilidad del matrimonio es nociva para la sociedad: aun cuando estamos, más que ante una crítica de esta institución jurídica como contraria a la religión y a la institución familiar, ante una defensa, desde un punto de vista puro y estrictamente social, de la institución familiar, por cuando el fundamento de su defensa del matrimonio indisoluble se contempla desde la perspectiva de los intereses generales que deben primar sobre los intereses particulares, esta perspectiva enlaza con la de los detractores del divorcio como institución que ataca a la religión y supone un golpe brutal a la familia, por cuanto si para éstos la destrucción de la familia constituye un principio y un foco de disolución social, para el Sr. Ossorio y Gallardo son visibles las consecuencias que la disolubilidad del matrimonio trae para la sociedad:

"... Permitidme, pues, que con mucha cautela, con pies de plomo y sin intervenir demasiado tiempo ni herir ni rozar

una convicción de todos vosotros, que ya conozco, diga algo en apoyo y defensa de mi argumento.

Sí yo tuviera la posibilidad de usar los términos oratorios de los predicadores -y yo de predicador no tengo más que un cierto aspecto abacial (Risas)-, empezaría invocando un texto no de la Biblia precisamente, sino del Ilustre Presidente de la Cámara, Sr. Besteiro, cuyos juicios pesan mucho en mí y suelo tenerlos muy presentes, porque mi admiración hacia él va pareja con mi devoción y mi rendimiento, sentimientos correspondidos por él de modo alternativo, pero permanentes siempre en mí (Risas). Cuando el Sr. Presidente de la Cámara, despojándose transitoriamente de su alta investidura, tuvo el otro día la designación de contender conmigo -y esto es una prueba más de cómo en la Cámara podemos convivir todos-, terminó su brillante discurso con estas admirables palabras que yo me apresuré a acotar en el Diario de Sesiones: "Para buscar la eficacia de la sociedad es preciso contar con el individuo, ¿quién lo duda?, y con el individuo de alma elevada; pero el alma no se eleva sino en la contemplación de los intereses generales que dejen a un lado los intereses particulares". Y ese es el fundamento de mi defensa del matrimonio indisoluble. No creáis, no temáis, mejor diría, que yo voy a ocuparme del matrimonio como sacramento, porque ni eso es propio de la Cámara ni yo tengo competencia ni autoridad para hacerlo, ni esperéis, una disertación sobre la diferencia o la coincidencia entre el matrimonio y el contrato, no. Mi punto de vista, el que he tenido siempre, es puro y estrictamente social. A mi entender, la disolubilidad del matrimonio es nociva para la sociedad. Cabe mirar el matrimonio como hecho o como institución. Mirarlo como simple hecho es una concepción de materialismo tan amargo, de derivaciones tan crueles que apenas puede divisarse sin una profunda repulsión del espíritu. No es esa nuestra situación. La Constitución que estamos elaborando mira el matrimonio como institución, y ese es un acierto, y como institución protege y ampara

a la familia. Como institución, pues, hemos de discurrir acerca de él, y mirado como institución se advierte que al matrimonio se le exige lo que no se le pide a ningún contrato, que es la posibilidad de su retractación, porque en todos los contratos hay un elemento de interés individual, patrimonial casi siempre, pero también un concepto de interés social; y así, en la más íntima de las compraventas hay un trueque de cosa por dinero que interesa a los contratantes; pero hay también un tema de respeto a la contratación que impide que uno de ellos se vuelva atrás de lo pactado después de haberlo hecho, porque está de por medio la seguridad del comercio, la firmeza de las palabras, la normalidad de las contabilidades, mil y mil cosas que no pueden tomarse ahora para desdeñarlas luego.

Así, en todo; pero al matrimonio le pedimos una cosa excepcional: que se pueda deshacer en cuanto alguien esté desconforme con haberlo celebrado. De modo que no es ya un contrato, es, según esta tesis, el último, el más deleznable, el ínfimo de los contratos. Lo que nadie se atrevería a romper en una venta, en un préstamo, se pretende romper disolviendo el vínculo en un matrimonio. Las consecuencias que esto trae para la sociedad son visibles, notorias y no hace falta señalarlas. No traigo citas de padres de la Iglesia, pero traigo alguna otra que no os debe parecer desdeñable. Era Augusto Comte, el padre del positivismo, quien decía: "La familia establece la primera noción del perpetuidad social enlazando el porvenir con el pasado. Ninguna intimidad puede ser profunda sin perpetuidad, pues la sola idea del cambio provoca el cambio".

He aquí, señores, un gran concepto de este filósofo: "La sola idea del cambio provoca el cambio". Los que ejercemos la abogacía lo sabemos bien. La mayor parte de los divorcios que se nos consultan son absurdos, disparatados, inconsistentes: una pequeña trifulca familiar, un choque con los parientes políticos, una divergencia en cuanto a los



intereses; cualquiera de los pequeños episodios de la vida sobre los cuales fácilmente se puede y se debe pasar, determina, en el primer momento de irritación, el deseo de romper el matrimonio y de acabar con la familia. Cuando se tropieza con un obstáculo legal, aquello no se logra, y después los cónyuges se felicitan de no haberlo logrado. ¡Cuántas veces hemos visto los abogados unidos amorosamente, después de consultarnos, a unos cónyuges que creían insoportable la vida y, sin embargo, la llevaban a gusto pocos minutos después de salir de nuestros bufetes!.

Esto de que la idea del cambio provoca el cambio, lo ha ratificado un gran jurisconsulto francés. M. Coirad, en su obra "La famille dans le Code civil", diciendo: "Este formidable aumento de divorcios no proviene solamente de un malestar social que multiplique aquellas situaciones difíciles, a las que la ley quiere poner remedio. Proviene todo, de que los esposos, ávidos de cambio o soportando impacientemente las contrariedades experimentadas en su hogar, han querido servirse del divorcio como de un medio cómodo para satisfacer sus impacencias o sus fantasías". Quede a la autoridad de este jurisconsulto todo lo mucho que quiero yo decir en igual sentido y que excuso, porque me doy cuenta de que no tengo el derecho de prolongar demasiado una intervención de antemano desafortunada; pero no renuncio a otra cita, porque ésta es de Herriot, y me figuro que la invocación del nombre de Herriot servirá para algo entre vosotros. Herriot en su famosa obra "Crear", dice "Una Nación no es una colección de individuos, sino una agrupación de familias que se encadenan. La unidad orgánica no es el individuo, es la familia. La Francia del Siglo XX sólo se salvará repudiando un régimen individualista que parece dirigido a propósito contra la repoblación del país". (El Sr. Mareque: Eso es otra cosa.- El Sr. Poza Juncal Es el malthusianismo). Claro, la argumentación de que eso es otra cosa era fácil de prever; pero yo no sé cómo se puede conservar firmemente la familia en una sociedad simul-

taneándola con la disolubilidad del matrimonio (Rumores). Baste decir que yo no lo entiendo, aunque vosotros forméis de mí una idea pésima si me juzgáis cavernícola (Varios Sres. Diputados: No.- El Sr. Ayuso: Abogado de derechas y basta). Yo ya he dicho que vengo a cumplir el deber de sostener una idea, dándome de antemano por derrotado con la magnitud de vuestro poder y, seguramente, con la mucho mayor de vuestra cultura.

Abogo porque nos rindamos a una realidad social que ha cuajado los siglos, que ha cristalizado en instituciones respetabilísimas y que ha constituido normas de una convivencia. Como me propongo no citar más que textos laicos, invocaré a Pérez Galdós, en "La familia de León Roch". El protagonista dice unas palabras muy impresionantes. Todos recordáis que, en aquella famosa novela, el protagonista, librepensador, casado, mantiene relaciones con una mujer, casada también. El ha tenido la desventura de estar casado con una beata, cosa muy distinta a la ventura de estar casado con una mujer de sentido religioso. Enviuda de la beata, y la amante, animosa, resuelta, apasionada, le propone una fuga y una convivencia, pasando por encima de todas las conveniencias sociales; y el protagonista de la obra de Galdós, es decir, Galdós, hablando por los labios de su protagonista, dice: "Si todo aquel que se siente herido por esta máquina en que vivimos tirase a romperla sin reparar en que la mayoría se mueve holgadamente en ella ¡qué sería del mundo!".

Yo traía, ¿quién no las trae en temas como éste?, acotadas unas estadísticas; pero no las leo. No importa que sean de "La Palabra Cristiana"; primero, porque "La Palabra Cristiana" es un periódico que tiene tanto derecho a opinar como otros, y segundo, porque las estadísticas están tomadas de otras revistas que no son cristianas; pero, en fin, mi imparcialidad es tanta y mi reverencia a vuestra bondad tan grande, que prescindo de las estadísticas, que servirían de buena base de argumentación para prolongar

veinte o treinta minutos este esbozo de discurso, que ni a discurso puede llegar, y no argumento más porque no sé cómo pagar vuestra benevolencia al escucharme. No tengo ni siquiera aquella esperanza que daba un magistrado veterano a un abogado novel diciéndole: "Sé breve, que la brevedad es el mejor manjar de los jueces; siendo breve te darán la razón, aunque no la tengas, y, a veces, aunque la tengas también" (Grandes risas). Vosotros no me vais a dar la razón y, sin embargo, ¡qué fácil sería que me la dierais! (Un Sr. Diputado: ¡Muy fácil!). Y tan fácil, porque yo no demando una declaración contraria al divorcio. Yo digo, simplemente, que no hay una Constitución donde esté regulado el tema del divorcio (El Sr. Pérez Díaz: Ni en ésta). No es que presuma de erudición, ¡no os asustéis!, esto lo he aprendido en un folleto del oficial mayor de esta Cámara, Sr. San Martín, que tiene un índice de las Constituciones, pero la declaración tampoco creo que esté en ninguna parte. La declaración y regulación del divorcio es materia de una ley civil, no de una Constitución. Y digo en esto lo que he tenido ocasión de decir en otros temas: no llevemos a la Constitución materias legales que pueden necesitar modificación mañana, y si no lo logran constituirán un daño social, y si lo logran dejarán destrozado el prestigio de la Constitución. No comprometamos el juicio; guarde cada cual el suyo. Divorcistas y antidivorcistas, dispongámonos a contender sobre el problema en un Código civil. El otro día la Cámara dió una prueba de sensatez a propósito de la pena de muerte dejando tema tan arduo son el compromiso del juicio de nadie para la redacción de un código penal.

Yo os pido que, siguiendo la misma táctica, dejéis el tema del divorcio para una ley especial. Me diréis que no, y, sin embargo, yo no tendré ni aquel levísimo derecho del pataleo, porque no podré decir que no me habéis hecho caso. Sólo con tolerarme estos minutos me habéis dispensado un honor que es propio de vuestra benevolencia y está muy lejos de mis merecimientos (Aplausos)" (185).

Contesta al Sr. Ossorio Gallardo, en nombre de la Comisión, la Srta. Campoamor, que inicia su discurso asombrándose de que un abogado tan expertísimo no hubiere leído u oído el nuevo dictámen de la Comisión que, limitándose a establecer el divorcio, deja su regulación a una ley posterior. Pasando a la polémica técnico-jurídica sobre el contenido de una Constitución, señala la Srta. Campoamor que es en dos principios en los que está fundamentada la necesidad del divorcio en la primera ley republicana española, para derivarlo después hacia la ley especial: en el principio de libertad, porque si es ésta la base de nuestras leyes, es imposible admitir ninguna clase de contrato, ni ninguna clase de hecho, que ligue perpetuamente a dos seres, ya que, de admitir este principio, caería por su base todo el principio de la libertad; y en el principio de laicismo, pues desde este punto de vista es a la jurisdicción civil y no a los Tribunales eclesiásticos a quien corresponde conocer de las causas de divorcio contra lo dispuesto en el Código civil:

"... Sres. Diputados, esperaba la Comisión verse libre esta tarde de la pesadumbre de justificar la necesidad de la legitimidad del divorcio, porque no creía que hubiera voces que sostuvieran hoy una enmienda opuesta al principio. Y por eso, brevísimamente y en nombre de la Comisión, he de decir a la respetable voz que se ha elevado esta tarde en la Cámara para oponerse al dictámen, que es en dos principios en los que está fundamentada la necesidad del divorcio en la primera ley republicana española, para derivarlo después hacia la ley especial. Y he de advertir que por primera vez en mi vida me asombro de que un abogado tan expertísimo como el Sr. Ossorio y Gallardo no haya practicado un consejo que me daba a mí, respecto a los artículos del Código, otro maestro mío, que me decía: "Por conocido que sea un artículo, es preciso leerlo siempre de nuevo cuando se vaya a estudiar un caso". Y el Sr. Ossorio y Gallardo no ha leído esta tarde, o no ha oído, el nuevo dictámen, que, aceptado el voto particular, deja caer en absoluto aquellas causas de divorcio

que en el dictámen se contenían.

En dos principios, decía yo, debe asentar y mantener la nueva legislación de la República española el divorcio: en el principio de libertad y en el principio de laicismo. En el principio de libertad, porque si es ésta la base de nuestras leyes, es imposible admitir ninguna clase de contrato, ni ninguna clase de hecho, que ligue perpetuamente a dos seres. Admitido este principio, caería por su base todo el principio de la libertad. Y desde el punto de vista del laicismo, declarado éste en la ley, no solamente no hemos de recurrir, como el Sr. Ossorio y Gallardo decía ya, a invocar los unos o a atacar los otros, el concepto de sacramento del matrimonio; no. Es que nuestras viejas leyes, nuestro Código civil entregaba a los Tribunales canónicos, en su artículo 75, todo lo que se refería al divorcio, del cual solamente esos Tribunales canónicos habían de entender, entrando la jurisdicción civil a conocer de las causas de divorcio" (186).

Insiste a continuación la Srta. Campoamor en lo que denomináramos "fundamento racional en pro del divorcio", argumento en pro del principio del divorcio que ya con anterioridad había expuesto, entre otros, esta Diputada, y con base a este fundamento entiende la Srta. Campoamor que el divorcio, al contrario del remedio de la separación de la convivencia sin ruptura del vínculo que propugnan los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio para el caso del matrimonio fracasado, permite el individuo una vida clara y serena, pudiendo efectuar una nueva unión, sin torturas, sin adulterios, sin cometer delitos y sin vergüenzas:

"... Pues bien, el matrimonio, sin negar que contiene un elemento psíquico que, evidentemente, lo aleja mucho de la materialidad del contrato, es el concierto de dos voluntades. En cuanto estas voluntades no pueden convivir, en cuanto el matrimonio que, naturalmente, tiene como base, a juicio

de cualquier persona medianamente sensata, el amor y la afinidad espiritual no realiza esa finalidad, no es para los cónyuges más que una tortura, un sufrimiento y una degradación del individuo para la misma actividad social, para el mismo beneficio social que invocaba S.S.

Si las cartas no fueran documentos privados que, a veces, revelan heridas muy hondas que no pueden sacarse a la publicidad y si el hecho de traer montones de ellas, sin estar autorizada su lectura, no tuviera un poco el aire de un "chantage", hubiese traído a la Cámara todas aquellas reclamaciones, todas aquellas quejas que me dirigen -y supongo que no seré el único Diputado a quien se dirigen- mujeres y hombres, que anhelan la llegada del divorcio para poder asentar su vida sobre una realidad luminosa y fecunda, sobre, una esperanza. Porque en el matrimonio, Sres. Diputados, no solamente existe la necesidad de auxilio, no solamente está la afinidad espiritual, no solamente hay aquel aspecto sexual que el otro día exponía con gran delicadeza el doctor Juarros: en la unión del hombre con la mujer creo yo que se realizan todos los anhelos e ideales de la pareja cuando ésta va encaminada por nobles motivos a esa unión; pero cuando ésta falta, ¿a qué condenar a los hombres y a las mujeres a permanecer unidos por medio de un vínculo indisoluble? Hacer eso es condenarlos a mutilar la personalidad o, caso contrario, a la hipocresía; es condenarlos al adulterio, a la ficción y a la falsedad. Es eso lo que se quiere al pedir que se excluya el divorcio de la ley.

Pero no, no tengo derecho a extender mucho mi argumentación, porque es muy cierta la consideración que ha hecho S.S., que acredita su valer en servicio de la idea y cómo está siempre en el puesto de combate. Esperaremos nosotros que casi toda la Cámara esté de acuerdo en el principio, y no tengo, por tanto, derecho a defenderle con extensión, pero si quisiera decir a S.S. que la ley canónica disuelve

el matrimonio, puesto que acepta, en casos de separación de cuerpo, o el divorcio temporal o perpetuamente. ¿No es esto así? Entonces, ¿qué diferencia encuentra su señoría entre la separación de cuerpos "ad perpetuam" y el divorcio civil? Unicamente la de que, a juicio de S.S., una separación perpetua estará dictada por los Tribunales canónicos después de aquilatar cuidadosamente si no hay medio de unir a los cónyuges; pero ni la misma ley canónica, en casos que considera graves, condena a una eterna permanencia común a los seres unidos por el vínculo; claro está que no faculta a contraer nuevo matrimonio. ¿En qué se diferencia una separación perpetua de un divorcio civil? Sencillamente en que este último permite al individuo una vida clara y serena, pudiendo efectuar una nueva unión, sin torturas, sin adulterios, sin cometer delitos y sin vergüenzas (Risas) ¡Hay divorcio entre "sin" y "vergüenzas"!; mientras que una separación canónica es una especie de condena en que se dice al individuo: "Te equivocaste, pues muere; no hay solución pata tí" (187).

En cuanto a las consecuencias sociales y en aquellas consecuencias que recaigan sobre los hijos -por primera vez sale en esta fase de discusión del artículo 41 del proyecto de Constitución el tema de los hijos-, pregunta la Srta. Campoamor al Sr. Ossorio y Gallardo si cree que en el orden social es más útil el ciudadano amargado, fracasado, condenado, torturado por todo lo que le ata, a un matrimonio imperfecto, al individuo que puede rehacer su vida en ese orden como en otros tantos, reproduciendo, en cuanto a los hijos, el argumento que en su día ya expusiera el Sr. Del Río al decir que si para el hijo es una tragedia insoluble la desunión del padre y de la madre, cualquiera que sea su solución, acaso sería para él menos dañosa, acaso sería más práctico que la desunión de hecho la desunión legal para que, por lo menos, no vea en aquel hogar las escenas que se producen inevitablemente siempre entre hombre y mujer, aunque la corrección sea exquisita:

"... Hay un aspecto sobre el cual yo quiero molestar a la Cámara con unas pocas palabras: Es en aquellas consecuencias sociales y en aquellas consecuencias que recaigan sobre los hijos. En las consecuencias sociales el Sr. Ossorio y Gallardo ligaba el matrimonio a la familia sin posibilidad de desunión, y sinceramente hemos de reconocer que toda familia no es matrimonio; que, por lo tanto, los intereses sociales no están en el individuo representados exclusivamente por la familia; hay la familia natural y hay la familia espiritual; hay multitud de familias que no tienen su origen quizá en la paternidad ni en la maternidad. ¿En el orden social creé el Sr. Ossorio que es más útil el ciudadano amargado, fracasado, condenado, torturado por todo lo que le ata a un matrimonio imperfecto, al individuo que puede rehacer su vida en ese orden como en tantos otros? En ningún contrato -decía el Sr. Ossorio- se da derecho a uno de los contratantes a deshacer el contrato. ¡Claro! como que sólo se ajustan cosas materiales...; pero cuando se funda en la espiritualidad del individuo, indudablemente, tiene que rehacerse en cuanto no ve posible redención.

Y en cuanto a los hijos, el argumento eterno ha sido que los hijos sufren con la desunión de los padres. Yo digo: es cierto; los hijos sufren con la desunión de los padres; pero es con el divorcio de hecho, no con el divorcio legal; cuando la tragedia del divorcio de hecho empieza en los hogares, para los hijos adviene esa tragedia que yo, recogiendo palabras del Sr. Azaña en otro aspecto, diré que es una tragedia insoluble. Para el hijo es una tragedia insoluble la desunión del padre y de la madre, cualquiera que sea su solución; pero acaso será para él menos dañosa, acaso será más práctico que la desunión de hecho la desunión legal para que, por lo menos, no vea en aquel hogar las escenas que se producen inevitablemente siempre entre hombre y mujer, aunque la corrección sea exquisita; y de esto sabemos mucho los abogados, aunque seamos aprendices de abogado ante el Sr. Ossorio los que, como yo, hoy elevamos nuestra voz.



Se ha afirmado que acaso al hablar del divorcio, no eran, precisamente, las voces que se elevaran en otra sesión aquí, las que pudieran hablar de ello, y sin embargo eran las más calificadas; un hombre o una mujer podrán hablar de su experiencia matrimonial; el confesonario y el bufete del abogado pueden hablar de lo doloroso de la tragedia espiritual de muchos seres; porque podemos sentir los dolores de muchas parejas que, si acaso tuvieramos tiempo, libertad y derecho para relatarlos todos, o al menos algunos, esta Cámara y aún la más opuesta al divorcio, seguramente terminarían, al finalizar nuestras palabras con la fuerza de los hechos, proclamando la necesidad del divorcio sin mas discusión.

Y no quiero dejar de decir al Sr. Ossorio, cuando se refería en unas palabras a la famosa novela de Galdós y a su héroe León Roch, que en primer lugar en toda táctica de novelista de tendencia social, como D. Benito Pérez Galdós hay la necesidad de plantear el problema y el pinta admirablemente el problema de la desunión íntima entre un hombre y una mujer que casados enamorados, simplemente por diversidad de creencias religiosas, llegan por fin a encontrarse en los extremos más opuestos; el autor lanza su problema, la justificación viene después, en aquella misma reflexión de León Roch, cuando se niega a huir con la mujer que ama para constituir un hogar ideal, pero ilegal, porque dice que se siente sin voluntad aún para admitir la dicha cuando ésta no viene por caminos legales. Esta reflexión es justamente una incitación del novelista a buscar la legalidad para esos conflictos; esa es, además, en todo caso, una solución propia del alma tímida de la España del Siglo XIX, que no podía comprender ni aceptar el alma heroica, encendida, valiente y resulta en la conquista de las libertades legales de la España del año de 1931 (Muy bien, muy bien)" (188).

Concluye la Sra. Campoamor su intervención aludiendo a la polémica en torno a la posibilidad de disolución del vínculo

conyugal por la libre voluntad de la mujer, privilegio jurídico que se concedía a ésta en el antiguo dictámen, mostrándose partidaria de la supresión de este precepto en el nuevo dictamen por las dificultades que en el orden jurídico encerraba el mismo para establecer el concepto de culpa civil, concepto clave a la hora de determinar los efectos del divorcio en el orden alimenticio, de los hijos, etc.:

"... Yo no quiero cansar a la Cámara, repito, porque si bien en el orden personal el Sr. Ossorio y Gallardo me parece contrincante muy capaz para 465 Diputados, en el orden parlamentario de la votación acaso no lo sea en este trance, y yo no tengo el derecho de cansar a la Cámara con mas argumentos. Finalizo, por tanto, diciendo nada más que acerca de las causas del divorcio puede tranquilizarse el Sr. Ossorio y Gallardo: El dictamen, recogiendo la tendencia de varias enmiendas, se limita a establecer el divorcio, añadiendo que sus causas serán reguladas por una Ley, y quiero, además, acabar, haciéndome eco de algunas palabras que se han dicho antes, que esa es la fórmula ideal para una Constitución, ya que antes se establecía en ella un precepto que algunos estimaban como un privilegio para la mujer y otros como una inferioridad, pero que, en todo caso, constituía una excepción. Se decía que la mujer podía pedir el divorcio sin necesidad de justificar la causa. A mí no me parecía eso un privilegio, sino la excepción que se concede quizá al ignorante o al cobarde; pero además de eso, en el orden jurídico, si se considera la culpa civil, ¿es que en el divorcio no va a tener ninguna derivación en el orden alimenticio, en el orden de los hijos?. Pues ¿cómo vamos a establecer después la culpa, si de antemano decimos que uno de los cónyuges podrá pedir el divorcio sin justificar la causa? En ese caso habremos de hacer recaer la culpa sobre el varón, cosa inadmisible, o reconocer que la culpa no existe, ya que no se ha podido probar. Desde ese punto de vista jurídico me oponía yo a ese privilegio. Tanto para la mujer como

para el hombre es preciso determinar cuales son sus derechos y cuales sus obligaciones.

Este es, en general, el dictamen de la Comisión relativo al divorcio. Perdoneme la Cámara que haya tenido la osadía de levantarme a contestar al Sr. Ossorio y Gallardo, defendiéndolo (Aplausos)" (189).

En réplica a la Srta. Campoamor, el Sr. Ossorio y Gallardo, después de señalar que si se había enterado bien del texto definitivo del dictamen pareciéndole que el mismo establecía en la Constitución el divorcio, siquiera remitiera su regulación a una ley especial, y que precisamente contra lo que el protestaba era contra el principio del divorcio, da como diferencia sustancial entre una separación perpetua y una disolución del vínculo la de la situación de los hijos, pues si muy dignos de compasión son los hijos de padres desavenidos, considera que los de aquellos que crean sin limitación para lo que hoy se llama rehacer su vida otros y otros hogares son verdadero parias sociales:

"... Me ha dicho la Srta. Campoamor que no me he enterado bien del texto definitivo del dictamen; a mi me parece que sí, aunque se ha dado a conocer del modo un poco precipitado que es notorio, aunque inexcusable; pero me parece que el dictamen establece en la Constitución el divorcio, siquiera remita su regulación a una ley especial, y yo contra lo que he protestado es contra el principio del divorcio. De modo que de otras cosas, Srta. Campoamor, no me habré enterado, pero todo lo que vale S.S. y del dictamen sí (Risas).

Decía S.S. que qué diferencia hay entre una separación perpetua y una disolución del vínculo. Pues yo creo que hay esta diferencia muy sustancial, que afecta a un tema que antes no toqué por abreviar pero que, sin embargo, es el nudo de la cuestión y mi ilustre contradictora lo ha rozado hábilmente; hay la diferencia de la situación de

los hijos, porque cuando entre los padres se producen las divergencias, es decir, el divorcio íntimo, de hecho, los hijos sufren una tremenda desgracia; pero cuando los padres tienen camino en las leyes para lo que hoy se llama "rehacer su vida", y cada cual busca por otro lado la satisfacción que en un primer matrimonio no encontró (aunque me parece que sin garantía ninguna de hallarla, tampoco en el segundo ni en los posteriores), los hijos sufren graves y repetidas desventuras. Muy dignos de compasión son los hijos de padres desavenidos, pero los de los que toman caminos opuestos, creando sin limitación otros y otros hogares, son verdaderos parias sociales, estudiados por muchos sociólogos, jurisconsultos y moralistas" (190).

En contra del voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola interviene el Sr. Lluhi que, más que explicar su voto en contra, lo que hace es una defensa del divorcio desde un punto no defendido hasta entonces en la Cámara: El Sr. Lluhi se inclina a votar el divorcio como mal menor, sintiendo que el país no estuviera suficientemente preparado para que la Constitución recogiera la inspiración mas liberal y, a su juicio, más culta, mas noble y mas valedera para mantener, en el matrimonio, la idea de la unión, cual era la del principio liberal puro del amor libre, que expone del siguiente modo:

"... Al explicar mi voto en contra, naturalmente que tiene que ser a favor del divorcio: las razones que tengo a favor del divorcio son, simplemente, como mal menor, porque yo soy partidario, convencido partidario, del amor libre (Risas y rumores).

Creo, sinceramente, que la cuestión que se nos plantea en España es, simplemente, la de si estamos preparados o no para hacer una Constitución que regule esta materia con el principio liberal puro, tal como la ha regulado y resuelto la Constitución Rusa, la más avanzada y la mas justa en

este extremo. Es un punto de vista de realidad, si estamos preparados o no para poder hacer eso, que es lo que a mí me inclina a votar el divorcio como mal menor; pero sin que pierda yo toda mi convicción a favor de la solución rusa, del amor libre. Y esto, en brevísimas razones, me voy a exponerlo. Y conste que aunque partidario del divorcio y del amor libre estoy casado.

Yo creo, Sres. Diputados, que el amor libre es el que da un fundamento más sólido al matrimonio. Yo soy de los que tienen confianza en la libertad, en la libertad como unión de todo; todo lo que se funda en la libertad, para mí, da la unión verdad, y todo lo que se funda en coacción, en la obligación, no une, impone la unión, pero no une, es decir, que el principio que yo sustentó del amor libre, es el principio liberal en definitiva. Tengo esta convicción íntima desde hace muchísimos años, y no me ha impedido casarme, a pesar de ser indisoluble el matrimonio; pero no dejaba yo de tener esta opinión, porque al casarme hice un acto libre; hice un contrato, claro que no era legal; hice algo que podemos llamar un contrato verbal con mi esposa, haciendo constar que nuestro matrimonio era un matrimonio libre, en el que siempre, cada una de las partes tendría la libertad de separarse. Porque no quiero tener nunca por mi parte, ni quiero que tenga mi mujer, la más pequeña duda de que si yo convivo con ella es porque voluntariamente lo siento y lo quiero así; que no hay ninguna coacción ni moral, ni legal, ni religiosa que me imponga a mí el estar con ella, si no la quiero, sino mi voluntad. Por tanto, este fundamento liberal del matrimonio me parece mucho más sólido que todo fundamento coactivo. Yo creo que el matrimonio debe sustentarse de una manera íntima, porque lo demás son como sepulcros blanqueados con la coacción legal y con la coacción religiosa.

Y además, a mi juicio, no existe problema para los hijos, porque también el sustento de los hijos, la defensa

de los hijos, el cariño de los hijos no se pueden apoyar en ninguna imposición legal; tienen por base el amor de padre y de madre. No creo yo que ninguno de nosotros queramos a nuestros hijos porque lo imponga la ley; los queremos, porque los queremos de una manera voluntaria y sentida. Y por eso, brevemente, en pocas palabras, he querido manifestar a la Cámara que hay un sector en ella, que supongo acepta el divorcio como mal menor; que lo que siente es creer que la Constitución recoja la aspiración más liberal y, a mi juicio, más culta, más noble y más valerosa para mantener, en el matrimonio, la idea de la unión, tal como está establecida en la Constitución rusa, que es el amor libre. Y nada más, Sres. Diputados (Aplausos)" (191).

A la pregunta del Sr. Vicepresidente (Barnés): ¿Se toma en consideración el voto particular del Sr. Gil Robles?, la mayoría de los Diputados dicen que no, con lo cual queda rechazado (192).

(179) Voto particular, que se leyó y quedó sobre la mesa en la sesión del día 20 de agosto de 1931 -NUM. 24-, del Sr. Ruiz-funes al art. 41 del proyecto de Constitución. Para el párrafo primero del art. 41 se propone la siguiente redacción:

"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por medio del divorcio, que deberá ser reglamentado por una ley". Palacio de las Cortes a 20 de agosto de 1931. Mariano Ruiz-Funes: Diario de Sesiones: Apéndice II al NUM. 24.

(180) Voto particular, que se leyó y quedó sobre la mesa en la sesión del día 20 de agosto de 1931 -NUM. 24-, de los Sres. Samper y Villanueva (D. Justo) al art. 41 del proyecto de Constitución -párrafo primero-. Proposición:

"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por las causas y mediante los trámites y garantías que establezcan las leyes civiles". Palacio de Congresos, 20 de agosto de 1931. Ricardo Samper.- Justo Villanueva: Diario de Sesiones: Apéndice 12 al NUM. 24.

(181) Cfr. Diario de Sesiones: Sesión celebrada el día 15 de octubre de 1931 -NUM. 57-: Tomo III, págs. 1742-1744.

(182) Voto particular, que se leyó y quedó sobre la mesa en la sesión del día 21 de agosto de 1931 -NUM. 25-, de los Sres. Gil Robles y Leizaola al art. 41 del proyecto de Constitución:

A LAS CORTES CONSTITUYENTES

"De acuerdo con las modernas corrientes, que han extendido considerablemente la parte dogmática de las Constituciones por el campo de la vida social, preceptúa el art. 41 del proyecto sometido a la deliberación de las Cortes que "la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado", principio justo y conveniente que viene a reconocer el

valor substancial de la familia como base de toda sociedad política.

Resulta, por lo mismo, claramente contradictorio el resto del artículo citado, que no es más que un ataque rudísimo contra la misma institución familiar.

Aun mirada la cuestión desde un punto de vista meramente humano, la instauración del divorcio unilateral libre va contra las propiedades esenciales del matrimonio -unidad e indisolubilidad-, que son independientes de la misma voluntad de los hombres; destruye, por lo tanto, la misma institución; niega en la práctica los derechos de los hijos, y concluye con la estabilidad de los hogares, fundamento de toda existencia social.

La inclusión de un precepto como éste, máxime con detalle de reglamentación, es impropio de una ley fundamental del Estado. No hay en el mundo una sola Constitución que haya insertado un precepto de esta naturaleza, que aún desde un punto de vista de técnica jurídica solo podría tener cabida en las leyes civiles. Por lo cual, los Diputados que suscriben, apartados del criterio del resto de la Comisión, formulan el siguiente VOTO

**PARITICULAR:** Artículo 41. La familia, como institución básica de la vida social, está bajo la salvaguardia especial del Estado -párrafo primero-: Palacio de Congresos a 19 de agosto de 1931. José María Gil Robles, Jesús María Leizaola: Diario de Sesiones: Apéndice 9 al NUM. 25.

(183) La ausencia de los Sres. Gil Robles y Leizaola se debía a la ausencia de la Cámara de las minorías a que respectivamente pertenecían, ocurrida días antes como consecuencia de su descontento por el criterio que prevaleciera en la Cámara en materia religiosa. El Sr. Royo Villanova, de la minoría agraria, se encontraba, no obstante, en la Cámara.

(184) Tratando del episodio político de la ausencia de una minorías, el Sr. Ossorio y Gallardo manifiesta:

"... Nunca, nunca, en ningún Parlamento ha ocurrido que una minoría se ausente sin que el resto de la Cámara tome nota del suceso y se pronuncie respecto al mismo, y el pronunciamiento ha sido siempre el de lamentar la marcha y esforzarse en que tenga término cuanto antes. Yo quisiera tener una autoridad de que carezco, un prestigio que en absoluto me falta, para interpretar el criterio de toda la Cámara en el sentido de que esa ausencia no está justificada ni debe prolongarse. El Parlamento es contraposición de ideas, choque de aspiraciones, pugna de sentimientos y en la minoría que contradice, cuanto más minoría es y menos fuerza tiene, está la mayor razón de permanecer en la Cámara y la mayor autoridad de sus deliberaciones. Conformes como seguramente estaréis en esto (Rumores contradictorios. Un Sr. Diputado: Que no hubieran marchado).

El Sr. Presidente: Yo ruego a la Cámara que escuche en silencio las palabras del Sr. Ossorio y Gallardo, pero que no se promueva un debate en torno a ellas. Continúe S.S., Sr. Ossorio.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Es posible que si el requerimiento, tan agradecido por mí, del Sr. Presidente, fuese escuchado, acabara yo coincidiendo con algunos de mis interruptores. Yo digo, en términos generales, que siendo la Cámara contradicción, no debe virar con indiferencia la ausencia de ninguno de los elementos que contribuyen a la formación del juicio, precisamente por la contraposición de ideas. Creo que debe ser deseo de todos que nadie abandone la Cámara, que todos trabajen, que todos intervengan en la labor parlamentaria.

Si estuviera aquí presente alguno de los representantes de las minorías agrarias y vasconavarra, porque de la agraria, aunque queda el Sr. Royo Villanova, me parece semiagraria (Risas) -yo lo tengo conocido muchos años con otra significación y no acabo de acostumbrarme a su flamante agrarismo (Nuevas risas)-, por su conducto o sin él, les diría a los ausentes que no han hecho bien en ausentarse: primero por la razón genérica que acabo de exponer y que alcanza a ellos como a los demás, y después, por una razón específica: Porque cuando ellos se presentaron a Diputados a Cortes ya sabían que venían aquí a contender y que su criterio saldría ganando o perdiendo, pero que por perder no hay derecho a enojarse. Al venir aquí ellos, sabiendo que eran minoría frente al pensamiento casi general en ciertas cuestiones, tuvieron que revestirse del valor necesario, que han demostrado muchas veces (lo digo en su elogio), para verse vencidos. No hay, pues, motivo a la sorpresa.

Prevaleció el otro día un criterio en materia religiosa que a ellos no les pareció bien; a mí, tampoco, ni a otras minorías (Varias voces: Ni a nosotros). Evidentemente. Por eso digo que ni a otras minorías, por otros motivos. Sin embargo, todos seguimos aquí. ¿Es que tienen los Sres. de las minorías que se han ausentado un motivo de agravio especial por juzgarse tratados con una singular severidad, con una extremada pasión, desconocedora de sus derechos? Yo, imparcialmente, creo que no. Puede dar testimonio el respeto con que se han escuchado los discursos del canónigo Sr. Molina; no hay que decir los del Sr. Gil Robles, que ha llegado a captarse la simpatía, muy generalizada, de la Cámara; los del Sr. Aguirre y los del Sr. Beunza, con quien se contiene, pero a quien se respeta. Son numerosísimos los casos en que ese respeto de la Cámara hacia ellos se ha manifestado. Ahora, ¿se puede pretender que no haya pasión? ¿Se puede pretender que ciertas ideas no choquen con un ambiente y una corriente de opinión muy generalizados? No puede ser; a eso tenemos que venir resignados todos, y, por consiguiente, si no hay un agravio específico y ellos tienen un deber de cumplir, ¿por qué marcharse de aquí?

Además, ya anuncian el retorno; dicen que estarán ausentes durante el debate de la Constitución y que volverán luego. Respetando mucho los motivos de su actitud, me parece poco congruente. Cabe enojarse de un modo absoluto y ausentarse de la Cámara y renunciar a las actas (cosa que estaría muy mal, porque de todos los juicios se necesita); pero enfadarse temporalmente, abandonar la Cámara en momentos en que su parecer, aunque sea vencido, es conveniente y necesario, y disponerse a venir luego a continuar la labor, tiene...

El Sr. Presidente: Sr. Ossorio y Gallardo, el deseo de S.S. de defender el voto particular del Sr. Gil Robles me parece noble y laudable, pero ya no me parece que está tan puesto en razón que S.S. esté exponiendo argumentos contra la actitud de un sector de la Cámara que está ausente. Pudiera ser contraproducente la actitud de su señoría. Por consiguiente, yo le ruego que medite acerca de las palabras que acabo de pronunciar y realice lo que me había anunciado: defender el voto particular del Sr. Gil Robles y todos cuantos votos particulares o enmiendas estén firmadas por los Sres. Diputados ausentes de la Cámara, por pertenecer a un sector que cree su deber adoptar cierta actitud, si S.S. quiere encargarse de su defensa.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Sr. Presidente, yo, desde este momento, doy por terminado esta parte de mi intervención, obediendo respetuoso la indicación de S.S. Pero permítame hacer una manifestación de asombro: no sé a quien se le ha podido ocurrir que estoy atacando a los ausentes.

El Sr. Presidente: Pero argumentado contra la actitud que ellos han adoptado.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Estoy (y si no acierto a expresarlo es por deficiencia mía) queriendo hacer todo lo contrario: demostrar a los ausentes que no tienen justificación en su enojo y que deben y pueden volver a la Cámara; y que en esto no puede haber para ellos sino los términos de respeto general, de consideración unánime que todos nos guardamos los unos a los otros. Si no he acertado a expresarlo, quiero que consten mis palabras así y que ellos de tal manera lo entiendan. Y no insisto más sobre el punto, porque ni es necesario ni, en modo alguno, resistiría la más leve indicación de S.S." (Intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en defensa del voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola: Incidente acerca del episodio político de la ausencia de unas minorías: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1744-1745).

(185) Intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en defensa del voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1745-1747.

(186) Fragmento de la intervención de la Srta. Campoamor, en nombre de la Comisión, en contestación al Sr. Ossorio y Gallardo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1747-1750.

Para la Srta. Campoamor, si en el espíritu de la Cámara y en el de las que la siguen está la esperanza de que la Ley de Divorcio llegará, hay una razón fundamental para llevar a la Constitución el principio del divorcio, y es que mientras no se dicte esa ley civil, estará vigente el código anterior, que remite el conocimiento de las causas de divorcio a los tribunales canónicos: esa sería la primera necesidad lógica, jurídica que obligaría a llevar dicho principio al texto constitucional (Cfr. Intervención de la Srta. Campoamor, en nombre de la Comisión, en contestación al Sr. Ossorio y Gallardo, Diario de Sesiones Tomo III p. 1750-1751).



(187) Fragmento de la intervención de la Srta. Campoamor, en nombre de la Comisión, en contestación al Sr. Ossorio y Gallardo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1747-1750.

(188) Fragmento de la intervención de la Srta. Campoamor, en nombre de la Comisión, en contestación al Sr. Ossorio y Gallardo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1747-1750.

(189) Fragmento de la intervención de la Srta. Campoamor, en nombre de la Comisión, en contestación al Sr. Ossorio y Gallardo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1747-1750.

(190) Réplica del Sr. Ossorio y Gallardo a la Srta. Campoamor en la discusión del voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1750.

(191) Intervención del Sr. Lluhi en contra del voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola y a favor del divorcio: Cfr. D.S. p. 1751-1752.

(192) Una enmienda, que se leyó por primera vez y pasó a la Comisión en la sesión del día 6 de octubre de 1931 -NUM. 50-, del Sr. Oriol y otros al art. 41 del proyecto de constitución era casi idéntica al voto particular de los Sres. Gil Robles y Leizaola: Se leyó para su discusión en la sesión del día 16 de octubre de 1931 -NUM. 58- (Diario de Sesiones: Tomo III, pág. 1787), mas no habiendo ningún Sr. Diputado que pidiera la palabra, quedó desechada -hay que recordar que la minoría vasco-navarra estaba ausente de la Cámara-.

Decía dicha enmienda: A LAS CORTES CONSTITUYENTES:

Al artículo 41:

"Colocada, acertadamente, la familia bajo la salvaguardia del Estado en el art. 41 del proyecto constitucional, ninguna inconsecuencia mayor que la del propio artículo al establecer, a renglón seguido, el divorcio.

En aquellos países en que ha sido establecido el divorcio, los diagramas de natalidad y separación marchan en proporciones radicalmente inversas. Conforme crece el número de matrimonios disueltos, decrece en ellos la natalidad, y cuantas medidas adoptan sus Gobiernos para fomentar el incremento de la población caen en la más absoluta ineficacia. Porque es evidente que a un matrimonio unido tan solo de modo temporal y cuya disolución queda a merced de los cónyuges, no puede persuadirsele con disposiciones oficiales a que sobrelleve la carga de una familia numerosa.

Sancionar el divorcio y dar facilidades para la disolución del matrimonio es decretar la descomposición de la raza y ponerla en el camino de su ruina.

Por las razones expuestas, los Diputados que suscriben tienen el honor de proponer a las Cortes la siguiente enmienda al art. 41, el cual quedará redactado al tenor siguiente:

Artículo 41: "La familia, como institución básica de la vida social está bajo la salvaguardia del Estado" -párrafo primero: Palacio del Congreso, 6 de Diciembre de 1931. José de Oriol.- Joaquín Beunza.- José A. de Aguirre.- José Horn.- Antonio de Paldain.- Rafael Aizpún Santafé.- APENDICE 15 AL NUM. 50.

4.4.2. Voto particular del Sr. Castrillo al art. 41 del proyecto de Constitución. (193).

Leído por segunda vez en la misma sesión del día 15 de octubre de 1931 -NUM. 57-, el Sr. Castrillo, en defensa de su voto particular, en el que pretende suprimir el art. 41 del proyecto de Constitución, señala cómo la diferencia fundamental que separaba a los miembros de la Comisión, que necesariamente tenían que reflejarse constantemente a lo largo de los debates, no era sino su distinta concepción de lo que había de ser una carta constitucional de una República naciente, lo que había de tener necesariamente tenía que reflejarse constantemente a lo largo de los debates, no era sino su distinta concepción de lo que había de ser una carta constitucional de una República naciente, lo que había de tener necesariamente trascendencia a la hora de la redacción de los distintos artículos del dictamen: Para el Sr. Castrillo, las soluciones que, por su trascendencia y por señalar posiciones muy avanzadas, puede ser objeto, y de hecho lo son, de las luchas de los partidos, conviene excluirlas, cualquiera que sea el pensamiento de los redactores, del código fundamental del Estado, cuyo prestigio y permanencia importa a la República asegurar en evitación de que se repita la dolorosa experiencia que fluye del siglo XIX. Lo que aquí se resalta es, pues, la diferencia fundamental que separaba a los partidarios de una Constitución analítica frente a los partidarios de una constitución sintética: para el Sr. Castrillo, la Constitución sólo debía establecer principios (194):

"... Cuando nos reunimos por primera vez los miembros de la Comisión para cumplir el penoso deber de confeccionar el proyecto que está sometido a la deliberación de la Cámara, me encontré naturalmente, con que sobre aquellas discrepancias de índole meramente técnica, de concepción doctrinal, cuales son, por ejemplo, el unitarismo y la autonomía, el sistema bicameral o el sistema unicameral, el divorcismo o el no divorcismo, el abolicionismo o los que creen que debe subsistir en una Constitución la pena de muerte, por

encima de todo eso, nos separaba una diferencia fundamental, que tiene que venirse reflejando constantemente a lo largo de estos debates; y esta diferencia fundamental, tan mal interpretada por algunos, es, Sres. Diputados, ésta: la concepción de lo que debe ser una carta constitucional de una República naciente, concepción que ha de tener necesariamente trascendencia, a la manera como nosotros concebimos la redacción de los distintos artículos de esa misma carta constitucional. Y así se observa, Sres. Diputados, el error de que constantemente en esta Cámara nos pasamos el tiempo discutiendo sobre la pena de muerte y sobre el divorcio, sobre la regulación de la familia y sobre distintos aspectos específicos de la vida civil, cuando la discrepancia fundamental que aquí se apunta no es ésta; la discrepancia fundamental es si la regulación de estos aspectos debe o no llevarse al Código fundamental de un país. Yo Sres. Diputados, que he escuchado en esta tarde discursos para sostener el divorcio y para manifestarse en contra del divorcio, después de que durante un siglo toda literatura jurídica, y aun la literaria que no es jurídica, ha venido proyectando su atención para defender el matrimonio y para defender el divorcio, me asombro de que en las Cortes Constituyentes españolas tengamos todavía que volver a discutir sobre el divorcio y sobre el matrimonio, sobre la organización de la familia y sobre la pena de muerte. Y es, Sres. Diputados, que nos hemos obstinado en traer aquí, a esta carta constitucional, todo el contenido de la vida civil del país, que justamente divide, no a los partidos, sino a los hombres, sencillamente en dos bandos, y nos hemos obstinado en que la carta constitucional tiene que ser el vértice de las dos vertientes para buscar la fórmula media de justicia entre las distintas soluciones que, en orden a todos los enormes problemas que separan a la Humanidad, se han querido traer a esta Cámara.

Así, yo escuchaba con asombro, con verdadero asombro, cómo aquí se sostenía esta tarde por el Sr. Lluhi que él

es partidario del amor libre, para venir después a hablarnos del divorcio, porque si es partidario del amor libre, naturalmente que no tiene porqué ser partidario del divorcio, como no lo es ningún partidario del amor libre, Sres. Diputados, porque el amor libre es la antítesis de la unión legítima y el divorcio es el corolario de la unión legítima. Por consiguiente, ¿Cómo vamos a pensar que seriamente puede nadie ser partidario del amor libre y a la vez partidario del divorcio?.

He entendido que el Sr. Lluhi, tomando una falsa referencia del código de familia soviético, decía que él entendía que estas normas debían establecerse aquí exactamente igual que en el Código de la familia soviética; y yo, Sres. Diputados, que hace diez años vengo dedicando atención constante a lo que ocurre en ese gran laboratorio biológico del Extremo Oriente europeo, tengo que decir que el Código de familia soviético no regula de ninguna manera el amor libre; es decir, no establece el amor libre, sino que, todo lo contrario (y esto es muy importante tenerlo en cuenta en esta Cámara), se preocupa en regular las relaciones paterno-filiales y las relaciones matrimoniales, porque el Código de la familia soviético, parto laborioso de una fecunda inteligencia, no podía incurrir en el enorme error, en que podemos incurrir en esta Cámara, de proclamar que lo más avanzado, que lo más izquierdista, es el amor libre.

El Código de familia soviético de 1918 regula, pues, Sres. Diputados, las relaciones matrimoniales y hace su distinción entre matrimonios registrados y no registrados, y regula también los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges y a las personas de los hijos, y establece después el divorcio, como previamente ha establecido el matrimonio; establece el divorcio a instancia de la mujer o a instancia del marido, alegando justa causa.

Es verdaderamente asombroso que estos temas tan fundamentales, que preocupan hoy al mundo, se traten aquí tan superficialmente como si todo quedase reducido a meras afirmaciones de una columna de periódico, fácilmente rectificables por su propio autor al día siguiente. Y es, Sres. Diputados, que cuando nos hemos obstinado equivocadamente en traer a la Constitución problemas vivos como el de la familia, el religioso, el de la propiedad y otros problemas que no están generalmente en las Constituciones del mundo, ni siquiera en la Constitución soviética, tiene que ocurrir forzosamente que la atención se fatigue, que la atención se desvíe y que ocurran fenómenos que todos tenemos que lamentar.

Recuerdo a este propósito, por si puede servir de ejemplo a la Cámara y de lecciones para el porvenir algo que ha ocurrido anteanoche y que no se puede borrar de mi memoria, porque me produce una honda y constante intranquilidad.

Recordarán los Sres. Diputados que a las seis o siete de la tarde (no recuerdo exactamente la hora, pero esto no es esencial), la Comisión del proyecto de Constitución dió cuenta de que por la mañana, en las sesiones que celebramos, acordó modificar el dictamen en el sentido que resultaba literalmente de la cuartilla que se leyó, creo que por el Sr. Presidente de la Comisión, mi querido amigo el Sr. Jiménez de Asúa. Entendíamos nosotros, respetando siempre, naturalmente, toda la opinión en contrario, que desde nuestro plano liberal, que desde nuestro plano democrático -que aunque puede ser anticlerical, no es sectario-, teníamos que aceptar la posibilidad de que bajo el palio, en un sentido seglar, de la Constitución española, pudiesen vivir todas las confesiones, todas las libertades y la expresión, a su vez laica de todos los símbolos, de todos los ritos, de todas las manifestaciones de la liturgia, de esto que ampara la libertad de conciencia de todos los países.

Porque nosotros, Sres. Diputados, recordábamos para formar nuestro convencimiento liberal, que en la Constitución soviética del año 1918, aquellos formidables legisladores, por encima de casi todos los legisladores modernos, que se llamaron Lenin y Trotski, se encontraron en Rusia con una Iglesia ortodoxa, que tenía las mismas características esenciales y accidentales que tenía antes de la proclamación de la República en España la Iglesia Católica. Todos lo sabéis: Rusia era una inmensa congregación religiosa, poblada por 153 millones de oficiantes, que abarcaba la sexta parte de la Humanidad. ¿Y qué hizo la revolución soviética frente a este enorme problema de tipo religioso que planteaba la Iglesia ortodoxa?. Pues hizo, Sres. Diputados, obrar con una cautela que fué lo que movió nuestro ánimo a firmar aquel primer dictamen de la Comisión, y esta cautela se vació en los moldes jurídicos de una Constitución que no llevó a su seno, ni a su espíritu, ni a su letra, ni como amenaza, ni como norma para lo futuro, nada, absolutamente nada, que tuviese que ver con la división del mundo en dos vertientes, ni con la enseñanza ni con la estructura de la familia, ni con la ordenación de los ritos religiosos, ni nada que tuviese que ver con la conciencia que habéis de alonarse en aquella Constitución, llamada a pasar por horas dramáticas, por las horas dramáticas de todos aquellos Códigos constitucionales que al cabo del tiempo no pueden estar todavía vigentes.

¿Y qué ocurrió, Sres. Diputados, el otro día desde las siete de la tarde hasta las once de la noche?. He aquí el episodio del que no quise hablar la otra noche, pero del que tengo que hablar ahora por un deber de conciencia (El Sr. Alvarez Angulo: De lo que hay que hablar es del divorcio). Hay que hablar de todo, porque el episodio está ligado al divorcio y el divorcio al episodio (El Sr. Cordero: Hay que ceñirse al tema).

El Sr. Vicepresidente (Barnés): Sr. Castrillo, aun

manteniendo la Presidencia el criterio más amplio en la interpretación del Reglamento, y sabiendo que la Cámara oye siempre con benevolencia a todo diputado que se encuentra en la obligación de expresar su criterio en temas fundamentales, es tan concluyente el artículo del Reglamento, que tengo que llamar la atención al Sr. Castrillo, a fin de que vea la manera de concretar un poco más su pensamiento en torno al voto particular que ha presentado.

El Sr. Castrillo: como el voto particular pretende suprimir el artículo, y el artículo afecta a 4 aspectos totalmente distintos, de organización de la familia, de relaciones paterno-filiales, de matrimonio y de divorcio, no es mucho, aunque yo desde luego cumplo siempre las indicaciones de la Presidencia, que para mí son órdenes, no es mucho, digo, que dediquemos alguna atención a estos 4 aspectos fundamentales de la vida española. Sin embargo, me propongo ser muy breve.

Decía, Sres. Diputados, que yo tengo el deber de conciencia de explicar aquí, brevisísimamente, algo que ocurrió la otra noche, porque yo no quiero en modo alguno aparecer como solidarizado con el ruído que tomaron los acontecimientos, sin mi voluntad, más aún... (El Sr. Alvarez Angulo: Cíñase a su voto, porque eso ya se ha discutido.- El Sr. De la Villa: Pero dejadle, y vamos a oírle). Yo me hago cargo, Sres. Diputados, de que la materia es espinosa (El Sr. Alvarez Angulo: No es espinosa, es pesada). Pasada o presente, yo no lo sé; pero que es espinosa, eso sí lo sé.

Yo no quiero fatigar la atención de la Cámara, y que el que está fatigado soy yo, y ruego, por consiguiente, al que le interese el problema que me escuche para no obligar me a forzar la voz, he de dedicar sólo cinco palabras al problema; pero tengo el deber de decirles (El Sr. Alvarez Angulo: El deber, sí; pero no el derecho.- Un Sr. Diputado: El que no quiera escucharle, que se marche.- (El Sr. de

la Villa: Pida la palabra S.S.; toda la tarde está interrumpiendo.- El Sr. Alvarez Angulo: ¡Quién habló, que la casa honró!).

El Sr. Vicepresidente (Barnés): Orden, Sres. Diputados. La Presidencia ha cumplido ya con su deber advirtiéndolo al Sr. Castrillo que tenía que ceñirse a la defensa de su voto particular; pero espera también de la benevolencia de la Cámara que aprecie la situación en que se encuentra un Diputado que quiere hacer ciertas manifestaciones.

El Sr. Castrillo: Para no fatigar la atención de la Cámara y sin propósito de resucitar ningún debate pasado, porque lo votado, votado está, tengo el deber ineludible de decir -y no quise decirlo aquella noche para evitar un debate enojoso en un momento en que podía haber tenido trascendencia- que yo no he puesto en absoluto mi firma, como parecía desprenderse de lo que aquí ocurrió la otra noche, en el tránsito que hubo desde el dictamen de por la tarde hasta el dictamen de por la noche. He cumplido mi deber y nada más. Tenía el deber de decir esto, y los deberes los interpretan los que los cumplen.

Y para terminar, Sres. Diputados, porque me hago cargo del Estado de la Cámara, breves palabras sobre el último párrafo de este artículo. Si yo pretendo que se suprima no es por eludir un problema, sino porque yo creo que todas estas materias tienen su regulación en un Código civil, y no deben ser traídas a la Constitución, a fin de no provocar divisiones. Porque se habla, por ejemplo, de la investigación de la paternidad, y los Sres. Diputados no ignoran que a estas horas no se sabe todavía si es posible técnicamente la investigación de la paternidad sin evitar el clásico "chantage". Y como por otra parte, Sres. Diputados, existen en España legislaciones forales que regulan los derechos de los hijos legítimos y de los hijos ilegítimos de distinta manera, yo pido a la Cámara que piense serenamente en todo



ésto, y que en lugar de llevar a la Constitución problemas confusos que dividen a los tratadistas, problemas que dividen a la Humanidad, que los arranque, como hizo con la pena de muerte, de la Constitución, para llevarlos a una ley especial, y entonces indudablemente coincidiremos mucho, incluso en lo del divorcio, que estoy dispuesto a votar cuando llegue el momento de hacerlo. Nada más" (195).

Contestando en nombre de la Comisión al Sr. Castrillo, el Sr. Samper insiste en los motivos que ya señalara en su discurso de exposición del proyecto de Constitución el Sr. Jimenez de Asúa, presidente de la Comisión, que obligaban a llevar a la Constitución principios tales como el del divorcio:

"... El Sr. Castrillo, sin penetrar en el fondo del problema, sostiene que debe éste aplazarse para las leyes civiles ordinarias; sin embargo, tienen tanta importancia estos principios del divorcio, de la igualdad de derechos entre marido y mujer dentro del matrimonio, de la investigación de la paternidad y, finalmente, de la igualdad de deberes del padre respecto de los legítimos y naturales, es todo ello tan trascendental y, en cierto modo, se halla tan incorporado a los programas políticos que han constituido la esencia de este movimiento nacional, que es preciso estamparlos en la Constitución. Yo tengo la seguridad de que si la Cámara actual, esta Cámara Constituyente supiese que ella misma había de abordar el problema en el Código civil, que había de asumir la responsabilidad de dictar nuevas leyes civiles, no consignaría éstos principios en la Constitución; pero como eso no es posible, como se trata de unas Cortes Constituyentes que no pueden descender a la confección de cada una de las leyes que constituyen los principios del nuevo régimen, es indispensable consignarlos en el Código fundamental del país, por si luego son otros Parlamentos los que tengan que ocuparse en el desenvolvimiento de los mismos.

Este es el motivo más importante que nos obliga a llevar a la Constitución preceptos que pudieran parecer de orden civil, preceptos que, acaso, no tengan aquel carácter de superlegalidad que corresponde a las disposiciones constitucionales en buenos principios de derecho constitucional. Puede que el Sr. Castrillo tenga razón; pero hay algo que está por encima de estas entelequias, de estas concepciones puramente metafísicas, y ese algo es la realidad imperiosa, la necesidad, que nos demandan que estos problemas fundamentales se aborden en la Constitución y se estampen por medio de principios sencillos y categóricos que luego encuentren su desenvolvimiento en las leyes que vote este Parlamento o los que le sucedan en la función legislativa" (196).

Piensa el Sr. Samper que la razón esencial esgrimida contra el divorcio se había expuesto por el Sr. Ossorio y Gallardo, quien decía que la disolubilidad era nociva para el interés social: en contra, señala el Sr. Samper que, si bien el hecho jurídico de disolución del matrimonio es nocivo para el interés social, como son nocivas todas las perturbaciones del orden jurídico, el principio de disolubilidad es, como señala el Sr. Lluhi, un mal menor que había de llevarse a las leyes como remedio para evitar grandes males que se producen en el matrimonio:

"... En realidad, la razón más fundamental que se ha esgrimido contra el divorcio ha sido utilizada por mi eminente amigo el Sr. Ossorio y Gallardo, quien decía que la disolubilidad era nociva para el interés social, y así, expresado en estos términos, parecía afirmar una verdad, pero es porque confundía el fenómeno jurídico con el remedio que debe aplicarse en la ley. La disolución del matrimonio, que es el hecho jurídico, es nociva para el interés social, como son nocivas todas las perturbaciones del orden jurídico; pero el principio de la disolubilidad, que es el remedio que la ley aplica para evitar grandes males que se producen dentro del matrimonio y que determinan el hecho efectivo o legal de su disolución, lejos de ser un mal es un bien,

porque, sirviéndose de un símil, la amputación de un miembro a un individuo es un mal para él y para la sociedad, y sin embargo, es un remedio necesario que aplica la terapéutica para evitar otros males mayores. Por eso tenía razón el Sr. Lluhi cuando dijo que el divorcio era un mal menor y que había de llevarse a las leyes por la necesidad de remediar con él otros males" (197).

---

(193) Voto particular, que se leyó por segunda vez en la sesión del día 15 de Octubre de 1931 -Núm. 57-, del Sr. Castrillo al art. 41 del proyecto de Constitución:

Voto particular: El Diputado que suscribe tiene el honor de formular el siguiente voto particular al art. 41:

"Se suprime el art. 41 del dictamen de la Comisión de Constitución". Palacio de las Cortes, 15 de octubre de 1931. Juan Castrillo.: Cfr. Diario de Sesiones: Tomo III, págs. 1752.

(194) Ya el Sr. Sáinz Rodríguez había destacado que uno de los motivos por lo que no debía llevarse a la Constitución cuestiones ajenas a los temas constitucionales -y entre ellas el principio del divorcio- era el ser la causa y el origen de la división en dos bandos de toda la sociedad española: mas si en la intervención del Sr. Sáinz Rodríguez la discusión sobre el contenido de una Constitución pasaba a un segundo plano, por su finalidad última de sacar del texto constitucional toda alusión al tema del divorcio, en la defensa que el Sr. Castrillo hace del voto particular por él suscrito es esta discusión sobre las distintas concepciones de lo que había de ser una carta constitucional la que se erige en protagonista de su intervención.

(195) Intervención del Sr. Castrillo en defensa de un voto particular por él suscrito: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1752-1755.

(196) Contestación del Sr. Samper en nombre de la Comisión al Sr. Castrillo: Cfr. Diario de Sesiones: Tomo III, págs. 1755-1756.

(197) Fragmento de la contestación del Sr. Samper al Sr. Castrillo: Cfr. Diario de Sesiones: Tomo III, págs. 1755-1756.

4.4.3. Enmienda del Sr. Juarros y otros al párrafo primero del art. 41 del proyecto de Constitución (198).

Rechazado el voto particular del Sr. Castrillo, se lle por el Sr. Secretario -Sánchez Covisa- una enmienda del Sr. Juarros y otros Sres Diputados al párrafo primero del art. 41 del proyecto de Constitución: En su defensa el Sr. Juarros, tras explicar el significado del divorcio en distintas civilizaciones y las razones que podían haber influido en las gentes para establecer unos lazos irrompibles que existían como disolubles en las civilizaciones anteriores, se refiere a la evolución actual del problema, evolución íntimamente unida al avance en el estudio de las cuestiones sexuales:

"... Estamos tratando de que en España vuelva a establecerse el divorcio. O lo que es igual, perseguimos una norma moral que ya siguieron griegos y romanos. Posible que dentro de unos años volvamos a resultar enemigos del divorcio. Discutamos con calma y examinemos los diversos aspectos, sin pensar en hacer la felicidad de la Humanidad. Un libro por todos acatado, la Biblia, en el Antiguo Testamento, admite el divorcio, en el Nuevo lo niega. Los hebreos tuvieron entre sus costumbres la de que el esposo pudiera, por propia cuenta, divorciarse sin dar razón alguna, repudiar. Los moros conceden tan poca importancia al divorcio, que Mahoma -perdón por esta erudición imprescindible al alcance de todos- amó singularmente a la que antes fuera mujer de uno de sus discípulos. Cuantos hayan vivido en Africa habrán podido comprobar que la mujer divorciada, no sólo no desmerece en la consideración de las gentes, sino que ven en su condición un atractivo más. Acaso móviles de curiosidad lleven a los moros a pensar de este modo.

Siendo así las cosas, analicemos qué razones -¡no os asustéis; el alegato será breve!- pueden haber influido en las gentes para establecer unos lazos irrompibles que existían como disolubles en las civilizaciones anteriores.

Las razones son dos: supervaloración ética de la unión sexual. Darla condición de pecado es concederle un realce que, realmente, no tiene. Segunda, creencia de que se puede dominar siempre al instinto y que dominarlo es una virtud.

A medida que avanza el estudio de las cuestiones sexuales, se adquiere el convencimiento de que no tiene justificación conceder al acto sexual valor superior a cualquiera otra función fisiológica, así como que luchar contra la libido resulta infructuoso. Cuando no se la da satisfacción natural, sublimase en pequeño número de casos, en la mayoría da lugar a trastornos de toda la economía. Vínose así a caer en la cuenta de que era preciso evitar el mantenimiento de lazos con carácter de irrompibles. La actual evolución obedece a una mayor conciencia del problema sexual. Conciencia destinada a perderse para retornar a fases pretéritas de la civilización.

No puede esgrimirse contra el divorcio argumentos de carácter sentimental, pues si el tedio surgió, aparecerá muchas veces el odio haciendo imposible la vida bajo un mismo techo. No existe razón que permita obligar a las gentes a vivir en tales condiciones. Enemigos del divorcio invocan la crueldad de que salga perjudicado el mejor. Ha dicho Gorki: el amor es el triunfo del que quiere menos sobre el que quiere más. En la mayoría de los casos sería vencido quien quisiera más y vencedor quien quisiera menos.

Frente a este aspecto hay que exhibir otro. ¿No es cruel obligar a vivir con quien no se quiere? ¿Hasta qué punto el que se va, lo hace por no encontrar la felicidad que esperaba? El aspecto sentimental tiene dos caras" (199).

Uno de los aspectos de la enmienda del Dr. Juarros, que pasa a defender, es la supresión del privilegio jurídico que el antiguo dictamen concedió en favor de la mujer al consagrar la posibilidad de disolución del vínculo conyugal por su

sola voluntad, aspecto éste suprimido ya en el nuevo dictamen: nos es conocido ya su criterio al respecto, más ahora subraya el Dr. Juarros el peligro, que había que evitar, de mujeres que, afectadas por un deseo francamente patológico pudieran pedir el divorcio sin tener que justificarlo:

"... Preténdese que el sexo femenino no tenga obligación de decir las razones por que pide divorciarse. Decididos a que no haya necesidad en la mujer de justificar el divorcio sería lógico, sensato, otorgárselo por igual a los dos sexos. La concesión a la mujer de este privilegio, pareciendo a primera vista un halago, es colocarla en plano inferior. Se pretende librarla de la obligación de declarar por qué pide divorciarse, pretendiendo considerarla falta de la conciencia moral y suficiente para rechazar al marido indeseable.

Hay aquí otro aspecto. La psicología de la mujer está sufriendo una evolución hondísima. Si la mujer obtiene beligerancia de igual, no de inferior, adquirirá un concepto distinto de la vida y una distinta y mas potente serenidad para contemplar el problema sexual desde puntos de vistas diferentes. En cuanto posea la misma serenidad y la misma tranquilidad que el hombre, no habrá razón para estimar vergonzosa una declaración que el hombre expresa sin vergüenza. Frente a los problemas sexuales pecamos de embadurnados de gazmoñería. No nos atrevemos a hablar clara y limpiamente; hacemos como en las casas modestas cuando hay una silla rota y se espera una visita de prestancia: echar un tapiz y adornarla para que no se vea el deterioro y se crea ornato. Es necesario llegar a tiempos en que se enseñe la silla rota, ambicionando la manera rápida y pronta de componerla.

Existen, además, otra razón. Nadie negará la existencia de mujeres gsería aquí natural y lógico hablar de la frigidez, pero no pretendo dar una conferencia psiquiátrica-, que, afectadas por un deseo francamente patológico, vayan renovando maridos y haciéndolos infelices sin intervención

médica. En una ley de divorcio sensata será necesario dar beligerancia a un médico para descubrir estos estados latentes de enfermedades mentales, que en nuestro país -el país donde hay más locos sueltos- llamamos chifladuras o extravagancias. Nos sonreímos de la locutoda, sembradora de desgracias, de crímenes y de infidelidades, por la falta de serenidad para enfrentarse con los problemas de la anormalidad psíquica, y, sobre todo, para tratarlos en esos síndromes que, si no aconsejan la reclusión en un manicomio, justifican una intervención técnica, a fin de evitar que, siendo desgraciados, contribuyan a la desgracia de los demás" (200)).

Dentro de la problemática que plantea el aspecto de conceder a la mujer la ventaja de no tener que justificarse, inserta el Sr. Juarros el tema de los hijos: conocida su opinión al respecto, señala que, al establecerse las normas del divorcio, debía jugar un papel esencial en la valoración de las causas el interés de los hijos:

"... Si pretendiéramos sostener este criterio, nos encontraríamos con que al implantarse en España el divorcio, no teniendo un poco de cuidado, se haría del matrimonio una "vaudeville". Es necesario que los intereses económicos o un rasgo de amor propio mal entendido, puedan bastar para conseguirlo.

Esta es la razón por la que yo creo -y con esto termino- que debe pensarse, al establecer las normas del divorcio, en que sea un canon importante en la valoración de las causas el interés de los hijos. Indiscutiblemente -y más en una Nación que se dispone a inaugurar un nuevo régimen-, toda la importancia radica en las generaciones futuras, no en las presentes. Puede haber casos en que convenga la separación de los padres, y otros, en que no convenga. Pretender establecer normas jurídicas fijas, por discretas que sean, para todos los casos, es salirse totalmente de la norma clásica de los médicos: no hay enfermedades, sino enfermos.

Pido un poco de reflexión cuando ese momento llegue, a fin de no hacer una ley sistemática, que será fácil de realizar, pero expuesta a ser burlada.

El aspecto de conceder a la mujer la ventaja de no tener que justificarse, es cosa que se debe evitar; bien que la mujer no sea inferior al hombre, pero tampoco superior (La Srta. Campoamor: ¡Si no existe ya ese aspecto!). Estoy hablando brevemente, consciente de que está suprimido. Cuando se trae un compromiso con una masa de electores, debe quedar en el Diario de Sesiones el cumplimiento de la deuda contraída (El Sr. Alvarez, D. Basilio: Para otra Constitución). Dice el Sr. Alvarez que para otra Constitución. Puede; yo cumplo con que quede registrado mi criterio en la discusión de ésta.

Hay que suprimir la anomalía de que la mujer resulte superior al hombre; no vayamos a creer que hicimos la revolución sin otra técnica que volver la tortilla (Risas). Tengamos presente en este problema -y quizás sea lo único interesante- que debe tomarse por norma, en la mayoría de los casos, el interés de los hijos" (201).

En nombre de la Comisión, para contestar al Sr. Juarros interviene en la discusión la Srta. Campoamor que, después de precisar que aquellos extremos que trataban de las causas del divorcio en el dictamen han sido suprimidos, hablándose en el nuevo dictamen sólo del principio del divorcio, intenta zanjar el tema de los hijos y dice que nunca puede pretenderse que por un interés de los hijos se mate la libertad y la necesidad de los padres a la existencia, al amor y a la vida:

"... En nombre de la Comisión, para contestar al Sr. Diputado que ha apoyado la enmienda anterior, que, a pesar de su propósito de ser breve, comprendo que no haya podido serlo tanto, arrancando del Antiguo Testamento. Quiero decirle, como justificación a mi intervención de nuevo en nombre



de la Comisión, que, efectivamente, no sólo es tan antiguo el divorcio como supone S.S., sino acaso más, y ello sea quizás la excusa de mi intervención, puesto que el divorcio, a mi juicio, casi puede decirse que lo inventó la mujer de Loth al convertirse en estatua de sal, y lo tenemos en el mito de Orfeo, cuando Euridice, que marchaba con su esposo, vuelve la vista hacia el infierno por no haber sabido Orfeo cumplir su promesa y se convierte en estatua de piedra. Reivindico, por tanto, la legitimidad del derecho de defender el divorcio desde el punto de vista femenino.

Y quiero ahora decir solamente al Dr. Juarro, en nombre de la Comisión, que lamentamos que haya perdido y gastado un poco de sus magníficas energías en atacar a un enemigo inexistente, puesto que aquellos extremos que trataban de las causas del divorcio en el dictamen han sido suprimidos. Ahora sólo se habla del principio del divorcio, y se dice que se regulará por una ley especial. Cuando ésta se discuta, será el momento de regular sus causas. Ha hecho, por tanto, S.S. una llamada de fuerza inútil ante un armisticio ya firmado.

En cuanto al aspecto de los hijos, he de decir solamente a S.S. que la Comisión lamenta no poder recoger su enmienda, en la primera parte, porque está recogida, y en la segunda parte, porque acaso sea el momento de decir, de una vez para siempre, que no está justificado abusar demasiado del nombre de los hijos para esclavizar a los padres. El deber de los padres con respecto a los hijos es el de padres e hijos: alimentarlos, instruirlos y educarlos, formar su alma y formar su cuerpo; pero no supeditarles toda su vitalidad futura. Díjese en esto que el Sr. Juarros interpreta el mito de la transmisión de la antorcha de generación a generación, en el sentido de que cuando nace el hijo, los padres deben apagar su propia antorcha. No; les queda mucho tiempo a los padres para vivir, y no puede nunca pretenderse que por un interés de los hijos se yugule, se mate la liber-

tad y la necesidad de los padres a la existencia, al amor y a la vida" (202).

Mas de nuevo interviene el Dr. Juarros para señalar que en el dilema de si deben sacrificarse los padres a los hijos, han de sacrificarse aquéllos, que deben tender a la formación del hijo, sacrificando cuanto sea preciso, y no éstos:

"... Ahora bien, por lo que no puedo pasar es por esa defensa de los padres. Hay una razón fundamental para ello. El hijo no ha escogido padres; no ha venido al mundo por su voluntad; ha sido traído de un modo más o menos arbitrario y muchas veces, por desgracia, de manera inesperada, constituyendo una sorpresa para los mismos que le elaboraron. Por eso los padres tienen la obligación de formar su alma; pero ni en la Pedagogía ni en el hogar se puede formar el alma sin hacer sacrificios. Los padres deben tender a la formación del hijo, sacrificando cuanto sea preciso. El momento presente vale siempre menos que el futuro. Si vamos a sostener que, porque los padres lo pasan bien, los hijos deben pasarlo mal (Risas), comprenderá la Srta. Campoamor -ella toda sensibilidad y delicadeza- que es un punto de vista totalmente recusable. Colocados en el dilema de si deben sacrificarse los padres o los hijos, yo creo que deben sacrificarse los aquellos y no éstos" (203).

Culmina esta problemática con nueva intervención de la Srta. Campoamor que señala que no es posible sentar como base de la obligatoriedad del vínculo la conveniencia de los hijos, pues el sacrificio de los padres por los hijos no puede llevar nunca a la renuncia de la propia personalidad:

"... El Sr. Juarros establece un dilema trágico. Entiende que, a la fuerza, con el divorcio, son infelices los hijos y, sin el divorcio, sean infelices los padres (El Sr. Juarros: Yo no he dicho eso). No es posible sentar como base de la obligatoriedad del vínculo la conveniencia de los

hijos. La conveniencia de los hijos está en otros matices, pero no en que eso sea una condición para no disolver el vínculo.

Y termino diciendo al Sr. Juarros que todos los afectos de la vida y todos los amores exigen sacrificios, pero estos sacrificios no podrán llevar nunca a la renuncia de la propia personalidad; porque son negaciones; y, en el caso de un vida matrimonial fracasada, el que fuese el interés de los hijos lo que imponga esa unión, es el tema eternamente planteado en todo el teatro, sobre todo en el francés, que fué el primero que empezó con ello y que nunca nos ha convencido, porque los padres podrán seguir cumpliendo sus deberes sin tener que soportar ni tolerar la angustia de la convivencia. Lo contrario sería declarar que los hombres imiten mucho a los zánganos: procrean y mueren" (204).

Como puede verse, aun cuando la contestación de la Srta. Campoamor al Sr. Juarros es clara y terminante, se olvida, no obstante, de un pequeño matiz: para el Dr. Juarros, el divorcio debe propugnarse como medio de defensa de los intereses de los hijos, y si en ocasiones el interés de los hijos puede estar en que los padres que manifiestan su deseo de romper el vínculo permanezcan unidos, en otras ese interés puede estar precisamente en la ruptura de un vínculo roto de hecho y que los padres, por intereses materiales o por razones, se obstinan, en perjuicio de los hijos, en mantener: en este sentido hay que interpretar, en mi opinión, la tesis del Dr. Juarros que propugna el divorcio como medio de defensa de los intereses de los hijos, interpretación avalada por su anterior intervención en la discusión de totalidad de los artículos del proyecto de Constitución referentes a religión, familia y enseñanza.

La Cámara no aceptó tampoco esta enmienda del Dr. Juarros.

---

(198) Enmienda, que se leyó por primera vez y pasó a la Comisión en la sesión del día 1 de Septiembre de 1931 -NUM. 30-, del Sr. Juarros y otros al párrafo primero del art. 41 del proyecto

de Constitución:

"La familia está bajo la salvaguardia del Estado. El matrimonio tendrá por base la igualdad de derechos, pudiendo disolverse por mutua conformidad o a solicitud de uno de los esposos, siempre que sea alegada una causa a justa o no resulte perjudicada la conveniencia de los hijos, si los hubiera".

Palacio de las Cortes Constituyentes, 1 de Septiembre de 1931. Dr. Juarros.- José Sánchez Covisa.- Juan Castrillo.- Tomás Marcos.- Cirilo del Río.- Vicente Sales: APENDICE 59 AL NUM. 30.

(199) Intervención del Dr. Juarros en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones: Tomo III, págs. 1757-1758.

(200) Fragmento de la intervención del Dr. Juarros en defensa de la enmienda por él suscrita: Diario de Sesiones: Tomo III, págs. 1757-1758.

(201) Fragmento de la intervención del Sr. Juarros en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1757-1758.

(202) Intervención de la Srta. Campoamor para contestar al Sr. Juarros: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1758-1759.

(203) Réplica del Dr. Juarros a la Srta. Campoamor: Diario de Sesiones: Tomo III, pág. 1759.

(204) Intervención de la Srta. Campoamor para contestar la réplica del Dr. Juarros a su anterior intervención: Diario de Sesiones: Tomo III, pág. 1759.

4.4.4. Enmienda del Sr. Sanchís Banús -minoría socialista- al artículo 41 del proyecto de Constitución (205):

Leída por segunda vez en la misma sesión del día 15 de Octubre de 1931 -Núm. 57-, manifiesta el Sr. Sanchís Banús, en representación de la minoría socialista, a la que pertenece, que el mantenimiento de los términos de la primitiva redacción del dictamen de la Comisión constitucional, que constituye el objeto de la enmienda que propone, expresa el criterio político de la minoría socialista:

"... La minoría socialista, a la que tengo el honor de pertenecer, me ha confiado el honroso cargo de procurar ante la Cámara Constituyente el mantenimiento de los términos de la primitiva redacción del dictamen de la Comisión constitucional, que en este instante constituye la enmienda que expresa nuestro criterio político. Y me urge manifestar que la postura que voy a definir la adopto con un criterio esencialmente político. Creo, en efecto, que si no es posible dejar a la puerta del hemiciclo la formación espiritual que tenemos, tampoco es lícito, por lo menos a quien se sienta en este banco, manejar como principios orientadores, en un debate como el que estamos sosteniendo, cualesquiera otros que no sean estrictamente los que pertenecen al programa político de su partido" (206).

Teniendo en cuenta el criterio esencialmente político en que discurre la intervención del Sr. Sanchís Banús en defensa de la enmienda por él suscrita, y considerando que el matrimonio tiene una función esencialmente social, cual es la formación de hijos que sean buenos ciudadanos, en una primera afirmación sostiene y proclama que, según el criterio de la minoría a que pertenece, es condición esencial de la función social de la familia la existencia de una unión monógama y establece: según el criterio político de esta minoría, la sociedad fundada en la unión monógama y establece, como forma más perfecta de la organización sexual de la sociedad, es condición esencial para

formar hijos que sean buenos ciudadanos. Ahora bien, si la existencia de una sociedad conyugal monógama y estable, feliz, no porque los padres tengan que ser felices, sino porque sólo en un ambiente de felicidad hogareña pueden engendrarse hijos que sean buenos ciudadanos, es condición esencial de la función social de la familia, a los socialistas no les importa tanto instituir la a virtud de una obligación que establezca de una manera definitiva e irrompible ese vínculo, como convencer y educar a las conciencias en esta necesidad de estabilidad de unión, para que nunca llegue a romperse, ante la visión del deber. Y con este criterio la minoría socialista se lanza a sostener el establecimiento de una norma clara y terminante de divorcio no es sino empujada por su doctrina y táctica genuinamente socialista: para la minoría socialista la proclamación del divorcio en las leyes del Estado es algo esencial en la formación correcta, en la formación eficaz de ciudadanos y, por tanto, estrictamente necesario para la buena constitución del Estado; el establecimiento del divorcio significa, en función del papel social de la familia, el único modo de concordar este ideal de una sociedad estable y monógama para lo futuro, con la realidad presente de nuestra organización social:

"... Y me apresuro, señores, a hacer una afirmación que en la hora de ahora me parece estrictamente necesaria para puntualizar nuestra opinión, y ésta: la minoría socialista, al defender el criterio que encarna en esa enmienda, no desconoce en modo alguno, al contrario, sostiene y proclama que la forma más perfecta de la organización sexual de la sociedad humana es la monogamia estable.

No hay por qué acudir a razones de tradición histórica, que pudieran ser recusadas por quienes no compartiesen nuestros puntos de vista; no queremos tampoco decir aquí, puesto que es materia discutida por los biólogos, que hubo en un principio una organización sexual que permitía las uniones sin género alguno de limitación, obedeciendo al propio mandato instintivo que se encuentra en la escala animal. Entended

bien, no obstante, que cuando en el minuto actual de la vida humana se habla de móviles instintivos en la poligamia, se comete un error considerable, porque nunca el mandato del instinto fue el del placer de aquel que lo ejerce, sino que ha sido el cumplimiento de una ley biológica enteramente independiente de esa filosofía egoísta que se practica hoy, a virtud de la cual los únicos móviles de las acciones humanas son las propias satisfacciones. No es instintivo el ayuntarse por buscar el placer; es instintivo el ayuntarse por buscar el hijo. El ayuntamiento por placer corresponde, como lacra desgraciada, a la superior organización de la personalidad humana. Por eso insisto en decir que nosotros no pretendemos asegurar que un criterio evolutivo haya cambiado la primitiva organización sexual inespecífica, que después pudo convertirse en matrimonio de grupo o de tribu; que más tarde tuviera carácter matricial, y por fin, patriarcal, para acabar en su evolución en el matrimonio monógamo; no queremos asegurar que ésto sea cierto, pero sí afirmamos, insisto, en que es condición esencial de la función social de la familia la existencia de una unión monogámica y estable.

Y si con este criterio nosotros no lanzamos a sostener el establecimiento de una norma clara y terminante de divorcio, es porque nos empuja nuestra doctrina y nuestra táctica, genuinamente socialista. Perdonadme, Sres. Diputados, si os recuerdo aquí que el socialismo maneja siempre términos de una formidable significación para el futuro; no maneja verdades, maneja simientes de verdades, maneja hechos y leyes que no han de alcanzar su pleno desarrollo en el minuto en que se proclaman, sino que tienen por delante un horizonte de perfección, y es porque, como ha dicho uno de nuestros maestros, el socialismo que triunfa un poco todos los días, no acabará nunca de triunfar decididamente. Y por eso nosotros, que vamos detrás de un ideal, que nos proponemos la existencia de una sociedad humana monógama y estable, como forma más perfecta de la organización sexual, sabemos, no

obstante, doblegar este criterio a las exigencias circunstanciales del momento, y afirmamos que, en función del papel social de la familia, es necesario el establecimiento del divorcio, que el divorcio significa el único modo de concordar este ideal nuestro de una sociedad estable y monógama para el futuro, con la realidad presente de nuestra organización social.

Decía yo antes, Sres. Diputados, que el divorcio puede y debe defenderse por razones meramente políticas, y es porque yo oía esta noche en el Parlamento la ponderación de la serie de causas que pueden conducir a la justicia del divorcio, y una sola se olvidaba, una sola que queda claramente señalada en el párrafo primero del artículo; aquel que sostiene que la familia está bajo la salvaguardia del Estado.

Yo os digo, Sres. Diputados, que para nosotros el divorcio no es una cuestión de derecho subjetivo; nosotros no queremos dar a los cónyuges unas normas para que busquen su propia conveniencia y protegerlos dentro de las leyes; consideramos, por el contrario, que se trata de algo en lo que la intervención del Derecho público debe ser perfectamente señalada, porque para nosotros la proclamación del divorcio en las leyes del Estado es algo estrictamente esencial en la formación correcta, en la formación eficaz de ciudadanos. He aquí, pues, cómo no nos planteamos el problema de si el divorcio es necesario para la felicidad de los cónyuges o de los hijos; lo que aseguramos es que el divorcio es estrictamente necesario para la buena constitución del Estado.

Y pensad, que cuando hablamos de esto, nosotros no tenemos del Estado el concepto tradicional; nosotros no podemos creer, ni afirmar ni contribuir a que se perpetúe que el Estado puede ser un instrumento de coacción a virtud del cual una clase social triunfante se apodera de la liber-



tad de todas las otras clases y las someta a su tiranía; nosotros sostenemos, al contrario, que el Estado es un órgano de coordinación de todos los intereses, a virtud de cuyas acciones se consigue el bien común. Hasta ahora nosotros, en la corriente política en que vivimos, hemos visto que si se tiende a la negación del Estado, es justamente por la organización estatal, que en este momento de la historia del mundo no ha sido sincera con sus propósitos, porque proclamaba que quería defender el bien común, pero lo que defendía era el bien de una clase social; y nosotros decimos que frente a esto, lo que precisa no es negar el Estado, ni ir contra él, sino encajarlo dentro de sus verdaderos fines y hacer que, en definitiva, defienda de verdad el bien común; por eso sostenemos que en función del Estado la regulación de la existencia del divorcio.

Sres. aquí no tiene más remedio que hacer una breve incursión la formación espiritual peculiar del médico, porque si yo aseguro que sólo se obtienen buenos ciudadanos a expensas de la existencia del divorcio, tendré que probarlo, y mi primera prueba será una prueba de sospecha, una prueba de estadística.

Yo tropiezo frecuentemente en la vida con sujetos a quienes llaman "extrasociales", es decir, sujetos cuya conducta se aparta de las normas esenciales de la convivencia humana, y yo me tengo que preguntar todos los días cuál ha sido la ocasión causal a virtud de la cual un ciudadano cualquiera se ha hecho incompatible con las normas de convivencia estatal, y, sabéis lo que se encuentra entonces, señores?. Se encuentra siempre un principio esencial de biología; se encuentra siempre la formación de los buenos ciudadanos que requiere una mecánica sentimental de tal naturaleza, un juego de fuerzas espirituales en su mayor parte inconscientes de tal naturaleza, que no pueden realizar su mecanismo silencioso y eficaz más que en un ambiente familiar, en donde reine la felicidad conyugal. Y ved cómo

nosotros, que sostenemos con la Iglesia que la felicidad de los cónyuges no puede ser la finalidad del matrimonio, nos vemos conducidos a afirmar que la felicidad de los cónyuges es condición esencial para que en el hogar crezcan y se formen ciudadanos eficaces. .

El fundamento de esta doctrina no vale la pena exponerlo. Nosotros sabemos que la vida del hombre es una progresiva separación de sus propios padres. Hay un primer estadio intrauterino que termina en el momento en que el hijo viene al mundo; hay un segundo estadio en que la madre lo es todo para el hijo; es la fuente de su nutrición, satisface todos sus anhelos, todas sus necesidades; madre entonces quiere decir para el hijo necesidad satisfecha; y llega un instante, no obstante, en que aquel hijo que colocó y proyectó fuera de sí como único medio de satisfacción de todas sus necesidades vitales la silueta de una mujer, se encuentra con la necesidad de compartir aquel bien con sus hermanos, se encuentra con la necesidad de reconocer que hay en su ambiente quien con más autoridad que él puede disponer de los minutos de aquella que a él le parecía su propiedad exclusiva; y entonces es preciso que aquel que instintivamente se fraguó en el convencimiento de que su madre sólo era de él y toda para él y que estaba destinada a satisfacer todas sus necesidades, aprende, primero, que hay en su ambiente quien tiene el mismo derecho que él a disfrutar de su madre; segundo, que hay en su ambiente quien, por circunstancias que son independientes de la voluntad del hijo, tiene sobre la madre un privilegio de autoridad que a él le cumple respetar. Y cuando estas dos verdades penetran en el alma del niño, entonces se verifica una formidable crisis, la crisis intrafamiliar de la renuncia a la madre, que es la más peligrosa, la más difícil, la que encierra mayores obstáculos para el necesario desarrollo del ciudadano perfecto; porque, pensadlo bien, si el no puede soportar el prescindir de su madre como fuente única de su nutrición, persistirá en un parasitismo que el día de mañana le hará renunciar a

su propio esfuerzo como medio de vida; si él no aprende a compartir su madre con sus hermanos, no llegará jamás a aceptar que haya otros hombres en el mundo con los mismos derechos que él a disfrutar de los bienes comunes, y si, finalmente, él no aprende a respetar al padre como suprema fuente de autoridad justa, jamás sabrá respetar ninguna obligación que contraiga; y así, en este instante de la vida del niño se resuelve, a virtud de uno de estos momentos decisivos que podríamos llamar puntos críticos, la esencia de la vida de un hombre; se resuelve, acaso definitivamente, todo su porvenir. Y aún os diré más; os diré también que si persiste la fijación afectiva en la madre, que si el sujeto no es capaz de renunciar al parasitismo, si no ha sido capaz de reconocer los deberes de la fraternidad ni de respetar al que mantiene y gobierna su casa, sobre ése en lo futuro pesará una especie de maldición bíblica; porque como es cierto que los hijos aprenden a respetar a su mujer en su propia madre, llegará un instante en que si la fijación afectiva se mantiene atada a la silueta materna, cuando surja una corriente sentimental que le empuje a otra mujer, la figura de la madre se interpondrá en el camino de sus cariños, manchándolos con el colorido del incesto; y así van estos desgraciados por el mundo, sin espíritu de sacrificio, sin amor al trabajo, sin subordinación a la autoridad y sin tener siquiera la suprema dulzura del amor, que en ellos se ha hecho imposible por completo, mientras que aquel que se ha librado del instinto de la fijación materna, experimenta con toda holgura y libertad esos goces, porque es capaz de amar a una mujer plenamente, sin residuos de remordimientos ancestrales, y de poseerla jubilisamente, obteniendo la máxima recompensa que un hombre puede tener en la existencia (Aplausos).

La posición nuestra, señores, es que se necesita una sociedad conyugal monógama y estable, feliz, no porque los padres tengan que ser felices, sino porque solo en un ambiente de felicidad hogareña pueden engendrarse aquellos sujetos

que el día de mañana -perdonad la ilusión doctrinaria- formarán en nuestras filas.

Ahora, señores, puesto que nosotros estamos ciertos de que el matrimonio tiene una función esencialmente social y como socialistas la defendemos, ha llegado el minuto de que nos preguntemos en qué condiciones se precisa que se estatuya la sociedad conyugal para la existencia de esta felicidad. Insisto en mi primera afirmación para basar sobre ella todas las demás: la sociedad fundada en la unión monogámica y estable es condición esencial para formar hijos que sean buenos ciudadanos. Ahora bien; la existencia de esa sociedad es condición esencial, pero a nosotros, socialistas, no nos importa tanto instituir la a virtud de una obligación que establezca de una manera definitiva e irrompible ese vínculo, como convencer y educar a las conciencias en esta necesidad de estabilidad de unión, para que nunca llegue a romperse, ante la visión del deber. Y contesto con esto, contestar no, es demasiada pretensión, arguyo con esto a la afirmación del Sr. Ossorio y Gallardo, que se dirigía a nuestro ilustre Presidente cuando él afirmaba en uno de sus discursos que nosotros necesitábamos mirar al futuro, no ligarnos a la realidad presente de nuestras satisfacciones inmediatas y estar dotados de toda suerte de capacidades de sacrificio para responder a nuestros ideales. Esto es cierto totalmente; pero yo no creo que el Sr. Ossorio y Gallardo pueda negar que en nosotros la existencia de este ideal futuro no impide que en ciertas ocasiones sacrifiquemos los impulsos momentáneos que no sean esenciales para la propia felicidad; esto está perfectamente establecido en nuestra doctrina. Nosotros creemos que deben existir matrimonios felices para la salud de los hijos y creemos que todo hombre y toda mujer conscientes tienen que darse cuenta de esta grave verdad sabiendo que con ello laboran en favor del bien de la Humanidad. No se puede buscar más lejanía de horizontes en la concepción de los deberes individuales, ya que, partiendo del propio hogar, y pasando por encima

de él, se extiende a todos los límites geográficos de la Humanidad entera (Muy bien. Aplausos).

Nada de obligaciones, pues; nosotros enseñamos a las gentes cómo es necesario para el bien de la Humanidad que los hombres vivan felices en unión monógama y estable. Pero es que, además, Sres. Diputados, el matrimonio tiene en España una tradición de temperamento que es realmente magnífica; es aquella tradición a virtud de la cual el español cree siempre, con un criterio absolutamente mesiánico, en la existencia de minutos decisivos de su vida que cambiarán para siempre el rumbo de ella, como si la vida no fuese una curva continua que en cada minuto de su trayectoria está motivada por fuerzas que son circunstancialmente activas. Nosotros, señores, vivimos un ejemplo terminante de esta clásica técnica de escalar los puestos, que en España se ha proclamado como impecable: la técnica de la oposición. La oposición es una prueba indiciaria, extraordinaria, a virtud de la cual se somete a un tormento a un desgraciado mortal, que tiene que interrumpir todas sus tareas para llevar un programa bien aprendido; luego actúa ante un tribunal con el mismo porcentaje de probabilidades que podría tener de vivir si se arrojara desde la altura de una torre, y una vez que ha logrado el éxito, queda consignado en las alturas del magisterio. Y se acabó. Franqueó la puerta del Paraíso Terrenal; ya nada ha de faltarle en lo sucesivo; dió una vez pruebas de valor, como los héroes que van a la guerra, y disfrutará en adelante, toda la vida, de una pensión que nadie podrá quitarle. Y no hay que tener este concepto de la eficiencia social. Es preciso que el hombre sepa que en cada minuto de su vida tiene que ser hijo del esfuerzo de aquel minuto; es preciso que sepa que el hecho de alcanzar definitivamente una posición, que no se conquista todos los días, reiterando y asegurando la justicia con que le fue concedida; es un tipo de privilegio que nosotros no podemos admitir, y por eso sostenemos que, frente a la prueba inicial, decisiva de la oposición a cátedra o al

matrimonio, tanto me da, hay que oponer algo a virtud de lo cual el hombre sepa que lo que consiga, tiene que conseguirlo mediante un esfuerzo ininterrumpido y continuado. Por eso, señores, el romper las cadenas del matrimonio es algo que constituye en esencia la felicidad conyugal, porque se acabará el tipo de marido, y perdonadme, que no quiero grosar el Decamerón, que guarda sus finezas para la primera mujer que encuentra en la calle y deja sus groserías para la que comparte con él la vida del hogar, porque aquellos maridos aprenderán que es necesario ganarse en cada minuto la estimación, el respeto, el afecto y el amor de su cónyuge (Aplausos)" (207).

Mas la enmienda del Sr. Sanchís Banús contiene un aspecto que parecía, con la nueva redacción del dictamen, haber quedado ya zanjado: al defender el texto del antiguo dictamen de la Comisión, se expresa el criterio político de la minoría socialista de mantener en favor de la mujer la posibilidad de disolución del vínculo por su sola voluntad. En defensa de este privilegio jurídico en favor de la mujer señala el Sr. Sanchís Banús los siguientes motivos: Como motivo de carácter biológico, la necesidad de poner de acuerdo la doctrina con la realidad, pues, si en un plano doctrinal, como señala el Dr. Juarros, es insuficiente para aceptar la idea de que el divorcio pueda concederse a la mujer sin necesidad de justificación la creencia de que la mujer, por pudor, preferiría en ciertos casos guardar silencio a tener que alegar determinadas causas de divorcio relacionadas con la función sexual, planteado el problema en la realidad no basta con convencer a la mujer para que no tenga rubor en solicitar el divorcio por motivos de índole fisiológica, sino que es necesario convencer a la sociedad toda, que es la que impone a la mujer el pudor para el desarrollo de su vida, de que no pueda considerarse como una mujer sin honor a una mujer sin pudor; un segundo motivo es de índole económica, pues la desigualdad económica de la mujer respecto al hombre supone un grave obstáculo para que la mujer pueda con plena libertad solicitar el divorcio, y, en este sentido, sólo cuando se esta-

blezca la verdadera igualdad económica de la mujer y del hombre, sólo cuando la mujer no encuentre solución económica en el matrimonio, sólo entonces los socialistas propugnarán la igualdad de sexos en la exigencia del divorcio:

"... Por eso yo, señores, no quiero hacer más que una leve alusión, tan leve como todo lo médico que me he visto obligado a decir esta noche en torno a una afirmación que no comparo. Es aquella en la que un compañero ilustre que se sienta en los escaños de estas Constituyentes, fevoroso sacerdote y orador elocuente, nos decía aquí que nosotros, al proclamar el divorcio, entronizábamos el histerismo en la ley española. No quiero decir más que una cosa, Sr. Alvarez, a quien respeto y considero. El histerismo es, Sres. Diputados, un modo de reacción que todos los seres vivos, no sólo las mujeres, ni los hombres, ni los de la escala superior, que todos los seres vivos quedan para aquellos casos en que, por mecanismos de los medios habituales, no pueden defenderse del ataque que los amenaza. En suma, y concretamente: el hombre que en igualdad de medios lucha con otro hombre, nunca reaccionará en sentido histérico si valora justamente sus propios instrumentos de acción; pero el hombre que lucha con cien hombres, cuando se encuentra en defecto de los medios de defensa que la experiencia vital le ha enseñado, recurre, en una especie de descenso automático de su personalidad, a los medios de tipo instintivo, tumultuosos; la voluntad pierde su carácter decidido y franco y organiza una defensa adecuada, que se manifiesta por reacciones tempestuosas. La reacción histérica es siempre algo que se produce cuando pesa sobre un sujeto una amenaza que es superior a sus medios de defensa. Y, señores, en este ambiente social en que ha vivido durante años el artículo 106 del Código civil, mancha infamante que debía avergonzarnos a todos los hombres españoles, en el cual se declara, como sabéis perfectamente, que la infidelidad sólo es culpable en el hombre cuando se produce con escándalo, y en la mujer en todo caso; es decir, cuando se da a la infidelidad no el

valor de atentado a la delicada sensibilidad femenina, que ve cómo se corresponde con desprecio a su entera entrega de cuerpo y alma, sino a la pacata opinión colectiva, que únicamente se asusta en el caso de que un marido bien plantado pasee sus queridas por la barba de su mujer; cuando recordamos que se ha dicho en los textos de la Iglesia que si la mujer afirma algo y el hombre lo contrario, el hombre debe ser creído, porque es cabeza de la mujer; cuando nosotros tenemos conocimiento de todo esto, señores, y consideramos la existencia de la conspiración social contra los derechos de la mujer, obliga a recibir y admitir aquello que se le impone, sin el menor rasgo de libertad, ¿cómo podemos extrañarnos de que la mujer reaccione en el sentido histérico, si nosotros le cerramos el camino normal de reacción?. Yo sostengo, no que entronizamos el histerismo, sino que anulamos el histerismo por causas de matrimonio, cuando nosotros damos a la mujer un medio legal de destruir el vínculo conyugal (Aplausos).

Entro, señores, en la parte más difícil de mi intervención, aquella en la que la minoría socialista me ha confiado la gran tarea de defender la táctica (perdonadme, Sres. Diputados, hablaba en socialista), la realización del divorcio, a virtud de ciertas normas en las que se establecen diferencias entre el hombre y la mujer.

Y me adelanto a decir ahora mismo que a nosotros los socialistas (y por eso reflejo en todo momento un criterio genuinamente político), a nosotros los socialistas no nos asustan las grandes palabras, en el sentido de igualdad y libertad, porque hemos vivido muchos años, desde aquella época en la cual una revolución sangrienta y triunfante, pero genuinamente burguesa, estableció que los hombres eran libres e iguales, y nosotros, que hemos vivido en íntimo e histórico contacto con los sufrimientos de la clase proletaria, sabemos que esta es una inmensa mentira; que no hay ni libertad, ni igualdad establecida, ni tales condiciones



sociales, y el modo de realizarlo quiebra por completo el principio.

Y si queréis (aquí aparece otra vez el socialista), habrá que poner de acuerdo la doctrina con la realidad; porque es cierto, señores, mi compañero ilustre el Dr. Juarros lo decía el otro día, que al sostener como argumento el de que la mujer alegará pocas veces las causas de divorcio, arrastrando su pudor, se comete una equivocación al reconocer y al respetar la existencia de este pudor; pero se comete una equivocación desde el punto de vista doctrinal. Planteemos ahora el problema en la realidad. Yo invito a mi canarada y amigo el Dr. Juarros, cuyas dotes extraordinarias de psicólogo conozco bien, a que tome como sujeto de experiencia a una mujer cualquiera y la convenza, como él sabe hacerlo (Risao), de que debe prescindir de aquellos elementos tan profundos en la esencia de la personalidad, tan ahondados en los estatutos puramente instintivos, tanto que tienen manifestaciones de tipo vegetativo, que naturalmente traducen su antigüedad filogénica en la especie, pero por eso confío la tarea a persona tan eminentemente didáctica; le invito a que convenza a la mujer de que no debe tener pudor; y supongamos que esa mujer ya no tiene pudor, y sale a la calle a conducirse de acuerdo con la nueva moral que se le ha dado. Yo pregunto a la Cámara: ¿cuál sería la actitud del pueblo, cuál sería la actitud del ambiente frente a esta mujer?. No basta convencer a la mujer de que no tenga pudor; es preciso matar en la entraña del mundo entero la existencia primitiva del pudor, si queréis; pero mientras éste exista, el hecho de tratar que una mujer, para conseguir el divorcio, pisotee esta condición, que, por otra parte, la sociedad impone para el desarrollo de su vida, es algo completamente injusto y que nosotros no podemos compartir (Muy bien).

Además, señores, yo bien sé que en los problemas del amor hay un abundante capítulo consagrado a las cuestiones

del sexo; pero yo quiero decir aquí que el sexo y el amor no son cosas iguales; yo quiero decir aquí que el amor es, como todo sentimiento depurado, la síntesis vertical más perfecta de la personalidad humana, síntesis en la cual se suman elementos de naturaleza puramente instintiva, elementos de naturaleza afectiva un poco por encima de ella en el desarrollo de la dignidad humana, elementos puramente de razón, los últimos adquiridos, si alguno de vosotros quiere compartir conmigo esa doctrina de adquisición sucesiva de funciones en el sistema nervioso; y es verdad que en el hombre suena el obscuro y mecánico tic-tac de la máquina del instinto, pero no es menos cierto que esa máquina encuentra un magnífico resonar en todas las demás estructuras de la personalidad, y este magnífico resonador hace que aquello que era un ruido primitivo y obscuro, sin diferenciación ninguna, se convierta en la magnífica sinfonía del amor humano, enteramente dedicado, no a una mujer, no a un sexo, sino a la mujer que cada cual ha construido con todos los elementos de su ensueño, superponiendo todas las estructuras de la personalidad. Y porque eso es así, creo que se comete un error de principio, creo que se cae en el mismo vicio que se trata de combatir, cuando se afirma que los temas de la sexualidad son siempre preferentes en el divorcio. Puede que lo sean ahora, Sres. Diputados; cuando pesa sobre el divorcio la tradición de tantos siglos de represión en la nación española, puede que sea preciso buscarlos en aquello que más profundamente mueve la personalidad humana, en lo que está más ligado al propio instinto; pero, ¿qué duda cabe de que, si esto sucede ahora, no sucederá siempre y que nuestra preocupación de legisladores ha de ser que suceda en el justo tanto por ciento que corresponda al reparto de contribución de cada una de las instituciones de la Humanidad en la función del amor?

Yo también, Srta. Campoamor, he oído en el ejercicio de mi profesión la confesión de tristes mujeres, y puede decir que el problema puramente sexual se enmascara muchas

veces en ellas por la represión establecida por la convivencia social; pero los psiquiatras, trabajadores de la obscura cloaca de la inconsciente, no podemos dejarnos engañar: vamos detrás de la verdadera causa, y muchas veces encontramos problemas distintos a aquellos que se refieren a la mera y física satisfacción del deseo sexual.

No es, pues, problema de pudor, ni sería justo decirle a la mujer que si quiere divorciarse fácilmente necesita prescindir de una de las condiciones que, por otra parte, la sociedad le impone como ineludible. Y digo más, hay algo más, y esto sí que es genuinamente socialista: ¿y la igualdad económica? ¿Es que nosotros no hemos tropezado nunca con mujeres en las cuales el obstáculo fundamental de la separación, tramitada con arreglo a las leyes, es la desigualdad económica, porque un marido, que desconoce todas las normas de convivencia humana, se niega a cualquier género de transigencia sobre el punto concreto de costear, como era su deber de hombre, el importe de las gestiones que su mujer tenía que hacer para divorciarse? Es que la mujer, con la petición de su divorcio, niega lo que es la fuente esencial de su vida, porque aquí está el error fundamental de apreciación, y por eso no podemos reformar las cosas empezando por el fin, sino comenzando por el principio. El día en que la masa esté educada de tal modo que no haya posibilidad de que una mujer sin pudor sea considerada como una mujer sin honor; el día en que la masa esté educada de tal modo que se establezca la verdadera igualdad económica de la mujer y del hombre, y que la mujer no encuentre solución económica en el matrimonio, aquel día nosotros, los socialistas, votaremos como un sólo hombre por la igualdad de sexos en la exigencia del divorcio; pero mientras eso no suceda y la mujer haya de estar encadenada por normas sociales, legales y prejuicios y esté reducida a la nada en el orden económico, nosotros, que sabemos todo el engaño que hay detrás de esa pretendida igualdad burguesa, nos hemos de negar a ese principio de igualdad (Muy bien). Por eso decía yo que para noso-

tros el artículo de la Constitución que se discute es todo de una pieza, cada párrafo es consecuencia del anterior; empieza por asegurar que el Estado necesita salvaguardar la familia; continúa admitiendo la existencia del divorcio; sigue afirmando que el divorcio se planteará con mayor facilidad para la mujer que para el hombre, y en los últimos párrafos corona terminantemente este magnífico monumento estableciendo el resto de las medidas que todos conocéis, pero que no siendo objeto de la enmienda de la minoría socialista, no me creo en este instante en el derecho de glosar. Sres. Diputados, yo sé, y puedo decirlo sin sospecha de medro personal, que miles de corazones están en estos instantes pendientes de nuestras palabras y de nuestros votos; mirad hacia adentro y que cada uno cumpla con su deber (Muy bien.- Grandes aplausos)" (209).

El Sr. Castrillo, de la Comisión contesta al Sr. Sanchís Banús y explica las razones, si no de la Comisión, al menos de los miembros de ésta que mantienen su criterio, para no aceptar el antiguo dictámen y, por tanto, la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús: Rechazados aquellos votos particulares -entre ellos, uno suscrito por el propio Sr. Castrillo- y enmiendas que tendían funcionalmente a suprimir el principio del divorcio de la Constitución, y aceptando, pues, que se había de llevar a la misma dicho principio, el nuevo dictamen de la Comisión, y en eso difiere esencialmente de la enmienda del Sr. Sanchís Banús, razón por la que ésta no podía ser aceptada, remite su regulación a una ley especial. Y en cuanto a la posibilidad de disolución del vínculo por la sola voluntad de la mujer, señala el Sr. Castrillo que tal posibilidad ni tan siquiera se recoge en el Código de la familia soviético del año 1918, el cual establece el divorcio, sin alegar causa, a instancias del marido y de la mujer, con igualdad absoluta para uno y otra:

"... Voy a contestar al discurso que acaba de pronunciar el Sr. Sanchís Banús, en defensa de que se mantenga el dictamen tal como estaba redactado antes de su modificación....

Yo quisiera decirle al Sr. Sanchís Banús, en nombre de la Comisión, muy sintética y brevemente, cuáles son las razones serias, no sistemáticas, que tiene la Comisión para no aceptar el anterior dictámen y, por consiguiente, la enmienda de S.S. que coincide con él.

La Comisión, al menos aquellos miembros de la Comisión que sostenemos la modificación del dictámen, hemos visto que S.S. ha hecho un magnífico alegato de carácter biológico, de carácter jurídico y de carácter social, para defender el criterio de que en el Código fundamental del país se establezca el principio de divorcio, y nosotros, que acabamos de ver cómo a lo largo de este debate en esta Cámara se han rechazado enmiendas que tenían fundamentalmente a suprimir el principio de divorcio de la Constitución, sabemos a estas horas que la Cámara en pleno, las derechas, las izquierdas y el centro, piensan exactamente como S.S.; su magnífica disertación sirve, por consiguiente, para reafirmar una vez más que hay que llevar a la carta constitucional el principio de divorcio. Creo que con esto queda contestada la primera parte de la interesantísima disertación del Sr. Sanchís Banús. Hay que llevar a la Constitución, Sres. Diputados, el principio de divorcio. Ahora bien, difiere sustancialmente el dictámen de la Comisión del criterio de S.S. en que S.S. entiende que, por una razón política, debe la Comisión incrustar en el precepto una regulación sistemática y circunstanciada de las causas para las cuales puede engendrarse en la ley civil el divorcio. Y aquí, Sres. Diputados, tengo que confesar, con todos los respetos, mi profunda sorpresa, porque yo no esperaba que desde esos bancos (señalando a la minoría socialista) saliese jamás defendido este criterio, porque decía el Sr. Sanchís Banús que, a pesar de entender que la unión matrimonial debe ser monogámica, sostenía el criterio de la disolubilidad del vínculo, es decir, el divorcio, y el divorcio no se sostiene en teoría, a pesar del reconocimiento de la realidad legal y moral de una unión monogámica, sino que el divorcio es justamente

un corolario necesario de ese teorema que es la unión monogámica. No hay manera de ser partidario del divorcio siendo partidario, como lo era el Sr. Lluhi, del amor libre: son dos conceptos total y absolutamente contrapuestos.

Pero, además, Sr. Sanchís Banús, yo tenía entendido, y quisiera que S.S. tuviese la bondad de sacarme de este profundo error por si estoy equivocado, que el criterio marxista puro de la familia es sencillamente una negación de la tesis de S.S., porque el concepto marxista puro de la familia es que la unión matrimonial es un corte legal que secciona, que separa a los cónyuges de la colectividad en perjuicio de la colectividad misma. De aquí que el marxismo tenga una manera especial de organizar las relaciones matrimoniales, es decir, la unión, y una manera especial de regular las relaciones paterno-filiales basada en lo contrario de lo que se basa la concepción burguesa, es decir, en la efectividad del vínculo, en la efectividad de la unión, en la realidad de la unión, no en la legitimidad, ni en la permanencia, ni en la unidad de esa unión.

Dijo también S.S., refiriéndose a una frase de D. Basilio Alvarez, que se hablaba del histerismo a propósito del principio del divorcio, y, si no estoy equivocado, S.S. incurre en un profundo error, que yo lamento doblemente por la autoridad del Sr. Sanchís Banús. El Sr. Alvarez (estoy oyendo sus palabras) reprodujo exactamente el mismo criterio que ya se había mantenido por algunos miembros en el seno de la Comisión, diciendo que, si se establecía constitucionalmente una ley civil el divorcio de la mujer sin alegar justa causa, era convertir en ley el histerismo (Sr. Alvarez, D. Basilio: Exacto), para llegar a la conclusión de que cuando una mujer no tiene por qué cumplir ninguna formalidad esencial ni formal -valga el equívoco- se la pone siempre en el trance de elevar el capricho, de elevar el histerismo al rango de precepto legal. No entendemos nosotros que el principio del divorcio sea un medio para elevar a precepto

legal el histerismo, sino el divorcio a instancia de la mujer sin alegar justa causa.

Finalmente, para no cansar a la Cámara. El criterio político que la Comisión, al menos los miembros de la Comisión que mantengan mi criterio, no puede aceptar es el de llevar aquí una regulación del divorcio que, sobre entender que cae en la jurisdicción de las normas del Derecho civil en su día, tiene la facultad de que ni siquiera recoge el criterio político que ha sido reflejado en el Código de la familia soviético del año 1918, saturado, naturalmente, de un marxismo interpretado por los revolucionarios del año 1917.

En Rusia se establece el divorcio a instancias del marido, a instancia de la mujer, siempre sin alegar justa causa, con igualdad absoluta para el marido y para la mujer, porque Rusia estima, y estima el Código de la familia soviético, y estiman los marxistas que lo interpretaron y lo plasmaron, que esa desigualdad económica a que aludía el Sr. Sanchís Banús no es desigualdad económica integral; porque hay que tener en cuenta, Sr. Sanchís, que el socialismo, a mi juicio, no pretende la absoluta igualdad económica, sino la absoluta igualdad de los medios de la economía (El Sr. Sanchís Banús: si quiere poner S.S. la palabra exacta, puede decir igualdad de oportunidad). Perfectamente, valga la aclaración. Por consiguiente, Sr. Sanchís Banús, ni por razones políticas, ni por razones jurídicas, ni por razones de precedentes históricos, ni siquiera por razones de biología -y cuidado que yo me rindo a la alta autoridad de S.S.- podemos nosotros admitir que se regule el divorcio en la forma en que está en la enmienda de S.S., coincidente con el primer dictamen que por mayoría de votos ha sido modificado en el seno de la Comisión. Y nada más" (209).

El Sr. Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión y socialista, que había propuesto en la Comisión la fórmula

defendida ahora por el Sr. Sanchís Banús, cree llegado el momento de defender el criterio de la minoría socialista, a la que pertenece: Para el Sr. Jiménez de Asúa, la mayor parte de las mujeres que solicitan el divorcio suelen ir empujadas por motivos tan sumamente graves que no quieren arrojarlos en mitad de la calle para que se discutan, pues el sentido de la maternidad les impide que caiga sobre sus hijos la mancha que el padre, por su conducta puede inferirles legándoles un nombre poco honorable, siendo ésta la causa principal de por que la minoría socialista no quiere que la mujer tenga que expresar el motivo del divorcio, lo que es muy distinto a que la mujer pueda divorciarse sin causa:

"... Yo había sido, dentro de la Comisión parlamentaria de Constitución, quien había propuesto la fórmula que ahora ha defendido el Sr. Sanchís Banús; pero como pertenezco, además de al partido socialista y a la Cámara, a la carrera de Derecho, me intimidó sobremanera la serie de objeciones que sobre este precepto cayó, y por ello, cuando la Comisión parlamentaria de Constitución esta mañana, por mayoría de votos, ha reactivado el dictamen, no presenté voto particular, deseoso de que desde esa minoría, a la que me honro en pertenecer, saliera la voz de un hombre ajeno a la carrera de Derecho y perteneciente a la Biología.

Es ahora cuando, alentado por el nuevo sesgo que toma el debate, me atrevo a defender este criterio con los argumentos mixtos de Biología y Derecho. En el primitivo dictamen (hoy nuestra enmienda) se establece que es preciso distinguir para las causas del divorcio el hombre y la mujer, y el establecerlo así ya sabíamos que íbamos a provocar una tempestad de protesta entre los juristas que miran al Derecho como una formalidad, es decir, entre los partidarios del formalismo del Derecho; pero nosotros, que vamos cada vez más derechamente, más directamente hacia el criterio funcional, no nos asustamos de esas objeciones. Además, puesto que el matrimonio no es un contrato, sino, como se dice



en técnica alemana, un acto colectivo, no podía significar ni ser una herejía jurídica ese criterio dispar que nosotros habíamos establecido en el viejo dictamen.

Nos había enseñado la experiencia, como se lo ha enseñado al Dr. Sanchís Banús cuando practica su psiquiatría en la clínica, que la mayor parte de las mujeres que acuden a nuestros estudios tienen, precisamente por esa raíz de pudor, el deseo de divorciarse son alegar la causa, que es muy distinto a que se puedan divorciar sin causa. Lo que pretende el dictamen es que la mujer no tenga necesidad de expresar el motivo, porque nosotros, que somos fervientes partidarios del divorcio, estamos convencidos de que una ley de divorcio no empieza a vivir en un país mientras no lo soliciten las mujeres; porque si sólo son los hombres, entonces parece un viejo recuerdo del repudio hebraico. Y cuando en la Prensa diaria fue tan festejada la frase del Sr. Alvarez, de que traíamos aquí la ley del histerismo, yo afirmaba en mi íntimo convencimiento que en esta hora no se arruinan concepciones ni artículos con una frase feliz, sino con convencimientos y con razones. Estamos persuadidos de que si el divorcio se establece en España, debe procurarse que lo pueda pedir la mujer.

El Dr. Sanchís Banús alegaba el motivo económico y, además, la causa íntima del poder, porque, de ordinario, la mujer, al revés de lo que se piensa, no sufre ella sola de histerismo, el cual, si bien es cierto que nace, como el sentido etimológico de la frase lo dice, aplicado a la mujer por la evolución del lenguaje, se sigue aplicando hoy a los hombres, ya que estamos viendo constantemente cómo hay palabras que se desvirtúan en su sentido etimológico hasta perder el significado primitivo. Pues bien, el histerismo, que no es exclusivo de la mujer, sino que también aqueja a los hombres, no puede ser peligro en este caso, como ensayada demostraré. De ordinario, la mujer que acude al despacho de un abogado, después de haber expuesto sus padecimien-

tos en la clínica de un médico, para solicitar el divorcio, suele ir empujada por motivos tan graves, tan profundamente graves, que no quiere arrojarlos en mitad de la calle para que se discutan, porque el sentido de la maternidad le impide que caiga sobre sus hijos la mancha que el padre, por su conducta, puede inferirles legándoles un nombre poco honorable. Y esa es la causa principal de por qué nosotros no queremos que la mujer tenga que expresar el motivo del divorcio, como ocurre en la ley del Uruguay, país que admiraba mucho el Sr. Alvarez el otro día.

Pero no hay peligro alguno, porque esas reacciones histéricas, suelen caracterizarse por un hecho momentáneo y fugaz, y no hemos pensado nunca, no hemos pensado jamás, que en una ley de divorcio se dé éste en el instante mismo de pedirlo, sino que cualquiera de las leyes, y la reciente de Cuba puede adoctrinarse en este punto, establece escalonadamente los plazos; y si una mujer, por una reacción histérica, ha pedido el divorcio en un momento determinado y a los seis meses después se ratifica en su demanda y a los seis meses más tarde ha de concedérsele, crea el Sr. Alvarez que si la cónyuge persiste en su determinación influida por un histerismo que tanto dura, es un favor para el marido la separación (Risas).

Colocado en nuestra Constitución este precepto, puede ser más o menos fugaz, pero lo probable es que sea muy duradero por esa raíz del pudor a que aludía en su maravilloso discurso mi querido compañero el Sr. Sanchís Banús. Si en alguna ocasión hemos de reformarlo, seguramente ha de tardar mucho tiempo en que pueda ser necesario hacerlo. Y los que piden que se establezca la causa, la causa para todos, cuando no es por mutuo consentimiento o disenso, deben pensar que eso también tendrá que ser el día de mañana reformado, porque lo que hace el Código de la familia de la Rusia soviética de 1926, que es ahora el vigente, es negar en puridad el matrimonio, yendo -y la Cámara se ha reído injustamente-

a la tesis que mantuvo el Sr. Lluhi, porque la libertad de amar no es el libertinaje amoroso, que esto sólo en las calles puede entenderse así. La libertad de amar es tan compatible con la monogamia y con la continuidad del afecto, como puede serlo el matrimonio más santo, y a eso es a lo que se refiere el Código soviético (Aplausos). Por eso es por lo que hemos llevado a la Constitución el precepto que tanto susto produjo a los juristas, entre los cuales me cuento, y que pudo ser derribado por una frase de apariencia certera, pero que ahora, con estos razonamientos, con esecimiento magnífico de biología que le ha puesto el Dr. Sanchís Banús, se eleva otra vez intacto para que podáis considerarlo en vuestra votación (Aplausos)" (210).

Tras una pequeña discusión en la Cámara sobre si debía o no suspenderse la votación hasta la sesión siguiente, y suspendida ésta por el Sr. Presidente, en la sesión del día 16 de Octubre de 1931 -HUEL. 58- se reanuda la discusión, tomando la palabra el Sr. Alvarez (D. Basilio) para explicar su voto en contra de la enmienda del Sr. Sanchís Banús por considerar irritante el criterio de la minoría socialista de otorgar el privilegio en favor de la mujer de poder disolver el vínculo por su sola voluntad:

"... Yo no sé si debía intervenir para explicar el voto; pero aludido por algunos Sres. Diputados a propósito de las palabras empleadas por mí con motivo de consumir un turno en contra de la totalidad del proyecto de Constitución, palabras que se referían a que si se suprime la igualdad de derechos para el hombre y la mujer, se convertiría el histerismo en ley, creo que debía explicar mi voto; y digo que creo que debía explicarlo, porque si no quedaría flotando en el ambiente la idea de si este Diputado que os dirige la palabra es enemigo de la mitad del género humano; y eso no puede ser ni debe ser, porque yo admiro profundamente a la mujer, pues tiene como características esenciales la maternidad y la ternura, aunque ya dije ayer, hablando de

la maternidad, a propósito de una interrupción al Sr. Jiménez de Asúa, que por cierto no figura en el Diario de Sesiones, que estas enfermas, más dignas de compasión por eso, las histéricas, son en su inmensa mayoría infecundas; por eso no es óbice para que les acompañe mi simpatía, y si no hubiera otras razones, habría la de que eran hermanas mías en Dios y que además, y por añadidura, ejercen el apostolado de la dulzura.

Pero estos propósitos, estas ideas, de un orden sentimental, no deben influir en los dictámenes nuestros; eso estaría muy bien para recordar, para darle prosapia a la hidalguía española y hasta para darle tradición al significado de los abates versallescos; pero en una Cámara de Diputados sesudos, esa desigualdad me resulta irritante, y me resulta irritante porque las mujeres quedan en la Constitución ya en un régimen de privilegio: les hemos concedido los derechos políticos igual que al hombre, pueden ser electoras y elegibles y, en cambio, no pueden prestar el servicio de las armas. Si ahora les hubiésemos concedido este privilegio, que resulta inaudito, el privilegio subiría de punto.

Por tanto, yo votaré contra la enmienda, sintiéndolo muchísimo, porque el discurso formidable, elocuentísimo del Dr. Sanchís Banús bien merecía por parte de nosotros un alarde de generosidad; pero como el privilegio sería tan grande, tan irritante, tan desusado, nosotros debemos votar en contra.

Y no tengo más que decir, sino agradecer al Sr. Sanchís Banús los elogios que me ha tributado (Muy bien)" (211).

A continuación, el Sr. López Doriga, en explicación de voto, expone brevemente las diversas opiniones existentes acerca del principio de indisolubilidad del matrimonio, y se muestra partidario de aceptar la posibilidad del divorcio vincular regulado por una prudente ley:

"... España, como dije el otro día en este mismo salón, evidentemente, para mí, es una sociedad mixta de católicos y de otras personas que no lo son, y el Estado debe respetar, dentro de los límites señalados por el bien común, suprema ley de toda sociedad humana, todas las creencias de los ciudadanos, porque no tiene competencia para mezclarse en controversias religiosas o filosóficas ni para obligar a nadie a obrar contra el dictado de su conciencia, aunque sí la tiene para hallar el justo medio de represión de la inmoralidad y de tolerancia de las doctrinas y prácticas religiosas y morales, sean o no verdaderas, por razón de necesidad.

En el punto concreto acerca de la indisolubilidad del matrimonio, es claro que en España hay un núcleo importante que, consecuente con su doctrina religiosa o con su teoría filosófica —que tiene por exacta y verdadera—, sostiene que el matrimonio es esencialmente indisoluble y, por tanto, es enemigo de todo divorcio vincular. Hay otros que estiman que la indisolubilidad del matrimonio no es esencial, pero sí de máxima conveniencia para la consecución de los fines naturales de la unión conyugal. Entre los de esta opinión, unos no aceptan nunca el divorcio vincular y otros lo aceptan sólo para ciertos casos, en los cuales la conveniencia de aquellos altísimos fines lo exige así. Hay, por último, quienes opinan que la indisolubilidad del matrimonio ni es esencial ni conveniente, y éstos son los partidarios del llamado divorcio ilimitado.

Ante esta diversidad de opiniones, mi conciencia de legislador de un estado democrático me obliga a respetarlas todas y a permitir, prácticamente, su exteriorización, siempre que esto se haga con determinada moderación para que no degenera en insolencia o liviandad. De acuerdo con este dictamen de mi conciencia, que se funda en conceptos y palabras de máxima autoridad para mí, yo creo que sería un grandísimo mal el no aceptar la posibilidad del divorcio regulado

por una prudente ley, en la cual, entre otras cosas, no resulten vanas las palabras de la Constitución, que declara la igualdad de derechos para ambos sexos, según hacía notar discretamente la minoría socialista" (213).

Verificada la votación nominal de la enmienda del Sr. Sanchís Banús, quedó tomada en consideración por 169 votos contra 153, pasando a ser nuevo dictamen.

---

(205) Enmienda, que se leyó por segunda vez en la sesión del día 15 de Octubre de 1931 -NUM.57- del Sr. Sanchís Banús, de la minoría socialista, al artículo 41 del proyecto de Constitución:

"Los diputados que suscriben tienen el honor de proponer la siguiente enmienda al artículo 41 del proyecto de Constitución:

El párrafo primero del mencionado artículo quedará redactado de la siguiente forma:

"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación, en este caso, de justa causa". Palacio de las Cortes, 15 de Octubre de 1931. José Sanchís Banús.- Mariano Rojo.- Martín Sanz.- Alfonso Quintana.- Enrique de Francisco.- Juan Negrín.- D. Pérez: Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1759.

(206) Fragmento de la intervención del Sr. Sanchís Banús de la minoría socialista, en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1759-1764.

(207) Fragmento de la intervención del Sr. Sanchís Banús, de la minoría socialista, en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1759-1764.

(208) Fragmento de la intervención del Sr. Sanchís Banús, de la minoría socialista, en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1759-1764.

(209) Intervención del Sr. Castrillo, en nombre de la Comisión, para oponerse a la enmienda del Sr. Sanchís Banús: Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1764-1765.

(210) Intervención del Sr. Jiménez de Asúa en la discusión de la enmienda del Sr. Sanchís Banús en defensa del criterio mantenido por la minoría socialista a la que pertenece: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1765-1766.

(211) Explicación del voto de Sr. Alvarez (D. Basilio) para oponerse a la enmienda del Sr. Sanchís Banús: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, -. 1776.

(212) Explicación del voto del Sr. López Doriga: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1776-1777.

4.4.5. Enmienda del Sr. Baeza Medina ~~minoría radical-~~ socialista- al artículo 41 del proyecto de Constitución (213):

Una enmienda del Sr. Baeza Medina, que representa el criterio de la minoría radical-socialista, y que se diferencia de la enmienda aprobada por la Cámara del Sr. Sanchis Banús en que se suprime la libertad de la mujer para obtener el divorcio por su sólo voluntad, daría su configuración definitiva al texto del polémico e importante párrafo primero del art. 41 del proyecto de Constitución, párrafo primero del art. 43 de la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931: leída por segunda vez en la sesión del día 16 de octubre de 1931 -NUM. 58-, es tomada en consideración por la Cámara en votación ordinaria con el voto favorable de la minoría socialista tras la siguiente discusión:

En su intervención en defensa de la enmienda por él suscrita, el Sr. Baeza Medina expone las razones por las cuales estima debe omitirse el privilegio en favor de la mujer para obtener el divorcio por su simple petición: una primera razón, en principio, ya aludida en la fase de discusión de totalidad del proyecto de Constitución en el discurso que en la Sesión del día 1 de septiembre de 1931 -NUM. 30- pronunciara en representación de la minoría radical socialista el Sr. Gordón Ordas, esta en la contradicción que supone consignar en el mismo precepto la igualdad de derechos en el matrimonio para el marido y para la mujer y admitir a continuación el privilegio que significa para ésta el que pueda disolver el vínculo por su sólo voluntad, sin que esta contradicción pueda contrarrestarse con los argumentos señalados por el Sr. Sanchis Banús para mantener en favor de la mujer la posibilidad de disolución del vínculo por su sola voluntad: por lo que se refiere a la razón de carácter económico, porque, aparte de que esa misma dificultad de índole económica se puede dar en el marido, bastaría con conceder a la mujer el beneficio de pobreza para que no hubiera una razón económica en orden a conceder el privilegio a la mujer; y, por lo que se refiere a la razón del pudor, porque la mujer

casada que acude al despacho del abogado para reclamar o demandar el divorcio nunca omite las causas que la determinan a ese divorcio, ni las únicas causas de divorcio son aquellas que pudieran determinar un quebranto en el pudor de la mujer. Una segunda razón, de conveniencia y utilidad social, por las consecuencias desastrosas que un precepto de tal naturaleza tendría no ya en la vida familiar sino en la sociedad misma:

"... Señores Diputados, la enmienda de que acaba de darse lectura se diferencia de la discutida en la tarde de ayer y de la aprobada ahora en que se suprime la libertad de la mujer para obtener el divorcio por su simple petición; y se diferencia así mismo del dictamen reformado de la Comisión, en que éste establece el principio de divorcio vincular, pero determina que una ley regulará la forma y las causas por que ha de concederse. Como nosotros establecemos en nuestra enmienda como causas del divorcio establecido en la Constitución, que la ley habría de desarrollar, el mutuo disenso o la petición de cualquiera de los cónyuges con alegación de justa causa, queda la cuestión circunscrita, para evitar toda discusión superflua, a que nosotros estimamos que debe omitirse la simple petición de la mujer, sin alegar causa alguna, para que el divorcio pueda ser establecido.

Para nosotros, Señores Diputados, hay dos razones fundamentalísimas: una, de principio; otra, de conveniencia y utilidad social. La razón de principio está en el propio precepto que discutimos; establece la igualdad de derechos en el matrimonio para el marido y para la mujer, y si se consigna esa igualdad de derechos, no puede admitirse, y resulta un contrasentido con el propio artículo, el privilegio que significa para la mujer en este caso la situación en que se la coloca.

Es cierto que el Sr. Sanchís Banús, para contrarrestar esta contradicción, que él consideraba aparente, nos decía



ayer que había razones de carácter económico y razones de pudor que obligaban a estimar a la mujer en diferente condición al marido y, por consiguiente, que en una igualdad de derechos debía concedérsele ese privilegio; y como nosotros hemos de ir, sencilla y concretamente, para evitar mayor amplitud a nuestras razones de defensa, a refutar esas condiciones que, con la votación de la Cámara, han prevalecido, porque iban unidas a un carácter más amplio de la enmienda otras causas de divorcio que nosotros aceptamos, vamos a refutar -y creemos que ha de convenir a la Cámara- esas dos consideraciones que se invocaban de manera especial por el Sr. Sanchís Banús.

Decía nuestro compañero que había una razón económica para que se estableciera esa causa de privilegio para la mujer. A poco que se medite se verá que no hay tal consideración fundamental.

Razón económica. Bastaría con que los preceptos legislativos que desarrollen el principio constitucional establecieran que la mujer, en caso de divorcio, siempre litigaría como pobre, sin perjuicio de lo que la sentencia resolviera, para que no hubiera una razón económica en orden a conceder el privilegio a la mujer. Pero, suponiendo que la legislación no lo estableciera así, aun admitiendo que esta condición no se señale en el Código civil o en la ley que regule el divorcio, esa razón de carácter económico se volvería precisamente contra aquello que apoyaba el Sr. Sanchís Banús; porque en el matrimonio obrero, cuando el marido solicite y demande el divorcio y tenga que ir a un procedimiento judicial, se encontraría con esa misma dificultad de índole económica que el Sr. Sanchís Banús indicaba, y, sin embargo, no se le ha ocurrido establecer en la Constitución que en el caso en que el marido se encontrara, por su situación económica, en una dificultad extraordinaria para litigar y pedir el divorcio, pudiera resolverse el caso por su simple petición.

Pero es que, además, olvidaba el Sr. Sanchís Banús -y esto no es extraño, porque a sus conocimientos médicos extraordinarios, que los reveló de una manera elocuentísima, no se añaden los conocimientos experimentales del ejercicio de la profesión de abogado- que en el orden económico no puede haber dificultad, por cuanto, iniciado el divorcio, al depositarse a la mujer casada, precisamente el juez ha de señalar una pensión alimenticia, y además le ha de facilitar medios para que pueda desenvolverse y obtener el divorcio. Es decir, que razones de carácter económico no puede haber para establecer este privilegio a favor de la mujer casada que desee conseguir el divorcio.

¿Puede haber razones de pudor? Los que prácticamente, en el ejercicio de la profesión de abogado, sabemos lo que es la realidad de todo pleito de divorcio, reconociendo lo que ayer proclamaba el Sr. Galarza, hemos de indicar de manera clara y contundente que la mujer casada que acude al despacho del abogado para reclamar o demandar el divorcio, nunca, al menos nosotros no hemos tenido ocasión de experimentarlo, omite las causas que la determinan a ese divorcio, y si esa mujer no tiene recato alguno -porque no debe tenerlo, como no lo tiene cuando acude a la consulta del médico para enfermedades cuya exposición también el pudor pudiera vedarle-, sino tiene ese recato para manifestar las causas al abogado, ¿qué inconveniente hay en que el abogado, cuando reconozca que esas causas son motivo de divorcio, según la ley, lo plantee a los tribunales con el carácter reservado y con el desenvolvimiento del procedimiento judicial, que no obliga a la constante intervención de la mujer, que no tendría que comparecer más que en determinados momentos? esa razón o esa causa de pudor no tiene, por tanto, el carácter público y ostensible, que es lo que daría valor a la alegación del Sr. Sanchís Banús.

Pero hay más. ¿Son que acaso las únicas causas de divorcio son aquellas que pudieran determinar un quebranto en

el pudor de la mujer? ¿Es que no sería la sevicia, no sería el abandono del marido, no serían, en fin, otras causas, las cuales nadie en absoluto puede tener el menor inconveniente en manifestar? Y si, por tanto, no hay razón de carácter económico y en definitiva la razón de pudor puede admitirse, ¿es que vamos a ir a declarar a un precepto constitucional que la simple petición de la mujer sea causa del divorcio?

De ahí la razón de conveniencia social que nosotros señalábamos. Porque, ¿se fijan bien los Sres. Diputados en la honda perturbación que para la vida familiar, para las relaciones entre padres e hijos, para la convivencia debida de la propia sociedad significa que se admita la simple petición de la mujer como causa de divorcio? No sólo será el histerismo, los que por impresión momentánea determinen una petición de divorcio, y bastarán, por ejemplo, no ya los disgustos entre marido y mujer, sino los disgustos entre el marido y la familia de la mujer para determinar una inducción por parte de ésta cerca de la mujer, para obligarla a pedir el divorcio.

Por consiguiente, como estimamos nosotros que las razones expuestas al principio, con esta otra consideración de orden social, deben ser bastantes a que los Sres. Diputados estimen, sin otro razonamiento que extenderían inútilmente el debate, que se debe suprimir de las causas de divorcio la simple petición, es por lo que terminamos solicitando de la Cámara que vote nuestra enmienda, que comprenderá precisamente, todo lo que acaba de reconocer la minoría socialista, defendido ayer por el Sr. Sanchis Banús, y le corregirá en aquella parte del precepto que parecía causar alarma, determinando a alguno Sres. Diputados a resolverse en favor del dictamen. Nosotros, pues, solicitamos que se apruebe la enmienda, modificando el artículo en los términos dichos (114).

Para explicar el voto de la minoría socialista en

relación con la enmienda del Sr. Baeza Medina interviene, en nombre de aquella minoría, el Sr. Cordero, que insiste, en defensa del criterio mantenido por la minoría socialista, en los argumentos ya expuestos por el Sr. Sanchís Banús:

"... El discurso de nuestro correligionario Sanchís Banús ha razonado suficientemente este punto, y hasta pudieramos decir que en esta aparente desigualdad está el mayor fundamento por el cual nosotros hemos sostenido el antiguo dictámen.

Yo diré al Sr. Baeza Medina que la inferioridad económica de la mujer no se puede medir sola y exclusivamente por la forma de pleitear, sino que hay que medirla por el estado económico social de la mujer. No basta decir en un ley que todos somos iguales: lo que hace falta es demostrar que en la práctica, en el orden económico, resultamos todos en igualdad de circunstancias, para que la igualdad resulte real. Y es evidente, señores, que la mujer, económicamente, por lo menos en mucho tiempo, y sobre todo en España, está en un plan inferior al hombre, porque no dispone para el desarrollo de sus actividades del campo de que dispone aquél.

Hay otra razón que, al parecer, a los Sres. Diputados de la minoría radical-socialista no les impresiona, y es la que tiene relación con el pudor de la mujer. Argumentaba el Sr. Baeza Medina sobre este aspecto del pudor de la mujer, en relación con ciertas enfermedades, y es precisamente ahí donde existe un grave problema para la sanidad, cosa que saben perfectamente los médicos, porque hay infinidad de mujeres que no se someten a tratamiento por razones de pudor, lo cual produce daño, no sólo al organismo de la mujer que padece la enfermedad, sino a la familia de la misma.

Yo no sé qué temores hay en sostener el dictamen tal cual está. Aparte de estas razones, es, a mi juicio, conveniente que confesemos que generalmente la mujer tiene un

sentido más afectivo para la familia que el hombre, es más esclava de los hijos que él, siente más la vigilancia de los propios hijos y, por tanto, yo estimo que no hay ningún peligro para la familia en que se le conceda a la mujer, no una desigualdad, sino una compensación a la desigualdad en que se halla en las condiciones generales de la vida (215)".

El Sr. Baeza Medina, en réplica al Sr. Cordero, insiste, a su vez, en las razones que ya expusiera, señalando que la igualdad de derechos del hombre y la mujer en el matrimonio es incongruente con la declaración de un privilegio para cualquiera de los cónyuges en orden al divorcio, sin que exista, para los efectos del divorcio, esa diferencia económica a que alude la minoría socialista, desde el momento en que la mujer, cuando vaya a iniciar el divorcio, tendrá asegurado por la ley, no sólo cuanto necesite para sí, sino para el desenvolvimiento del litigio, y sin que pueda invocarse la razón de pudor, pues alegar que la mujer no podría pedir el divorcio teniendo que alegar las causas porque, por la índole de éstas, en muchos casos la mujer no se sometería a reconocimiento, es tan pueril, como que, de ordinario, en la vida, por exigencias de su propia naturaleza, la mujer se somete a ser reconocida, sin que ella sienta por ello lastimado su pudor, y como tales razones no tienen fundamento y sí producirían un trastorno en el aspecto social, con perjuicio de la familia y de la relación de los padres con los hijos, llama la atención a la Cámara para que tome en consideración la enmienda por él suscrita:

"... Para rectificar, sí, porque no deben dejarse en pie, a nuestro juicio, las afirmaciones que ha hecho el Sr. Cordero respecto a la diferenciación económica que establece entre la mujer y el marido. En primer término, no la igualdad del hombre y la mujer, que de eso no se habla en el dictámen, sino la igualdad de derechos de uno y otra en el matrimonio, es, a nuestro juicio, incongruente con la declaración de un privilegio para cualquiera de los cónyuges en orden al

divorcio. Pero es que, además, no existe, creemos nosotros, para los efectos del divorcio, esa diferencia económica, desde el momento en que, como antes dije, la mujer, cuando vaya a iniciar el divorcio, tendrá asegurado por la ley, no solamente cuanto necesite para sí, sino para el desenvolvimiento del litigio; de modo que no hay una razón económica que la coloque desventajosa. La situación económica, con relación al divorcio, no podrá referirse más que al desenvolvimiento del pleito, hasta que la sentencia se dicte; pero dictada ésta, y siendo afirmativa, la situación económica de la mujer divorciada sería la misma que si el divorcio se hubiera concedido por su simple petición. •

Pero es que, además, y con esto recojo otra afirmación del Sr. Cordero, esa diferencia económica que pudiera haber entre el hombre y la mujer, por ser normalmente el marido el que tiene el empleo y aporta los ingresos para atender a la familia, esa razón no ha sido bastante, Sr. Cordero, para que SS.SS. la establezcan como diferenciación en otros aspectos fundamentales, como, por ejemplo, cuando por votación de la mayoría de la Cámara, se ha declarado -y de esta opinión ha participado la minoría socialista- la igualdad de derechos en el orden político al marido y a la mujer y a éste se le ha reconocido el derecho de voto en igualdad de circunstancias que al marido.

La otra razón, la del pudor, nos parece que tiene aún menos consistencia que la razón de carácter económico. Alegar que la mujer no podría pedir el divorcio teniendo que alegar las causas, porque, por la índole de éstas, en muchos casos la mujer no se sometería a reconocimiento, es tan pueril, como que, de ordinario, en la vida, por exigencias de su propia naturaleza, la mujer se somete a ser reconocida, sin que ella sienta por ello lastimado su pudor. En realidad, no puede invocarse el pudor -razón de índole sentimental, de carácter íntimo, que está en relación con la intención de los actos humanos- en el reconocimiento faculta-

tivo que pudiera hacer un médico o en las manifestaciones de la mujer ante el abogado que hubiera de defenderla.

Por consiguiente, como estas dos razones, que son las que ayer se invocaron y en las que insiste el Sr. Cordero a nuestro juicio no tienen fundamento y sí producirían un trastorno en el aspecto social, con perjuicio de la familia y de la relación de los padres con los hijos, insistimos en nuestro punto de vista, llamando la atención a aquellos Sres. Diputados que han votado contra la enmienda de la minoría socialista precisamente porque iba incluido este inciso, para que voten con la enmienda que ahora presentamos nosotros, se elimina lo que se había estimado pernicioso" (216).

Para explicar el voto de la minoría radical favorable a la enmienda presentada por la minoría radical-socialista interviene en el debate el Sr. Gil y Gil que, tras reconocer que la legislación antigua establecía un régimen de desigualdad irritante en contra de la mujer, no comprende las razones, pues no son tales las de carácter económico y de pudor alegadas por el Sr. Sanchís Banús, por que ahora se quiere establecer una situación de privilegio en favor de la mujer:

"... Voy a explicar el voto, en nombre de la minoría radical. Me cabe esa satisfacción por el inmerecido honor que representa para mí y además porque me brinda la ocasión de manifestar que esta minoría votará también con la radical-socialista, y al mismo tiempo rendir un homenaje de cariño y consideración a la minoría socialista.

No hay que decir que aplaudo, en muchas de sus partes, las manifestaciones del Sr. Sanchís Banús; pero, con toda clase de respetos al que es maestro en estas cuestiones, he de oponer a sus juicios algo que arranca del aspecto jurídico que tiene el problema y por el cual pasó muy a la ligera, muy rápidamente dicho señor.

He de advertir, Sres. Diputados, que estábamos en la legislación antigua en un régimen de desconsideración para la mujer. Ya decía el Sr. Sanchís Banús que al tratar el artículo 106 de nuestro Código civil de las causas de divorcio, establecía que era tal para el marido la infidelidad de la mujer en todo caso y que, en cambio, para pedirlo la mujer no era causa de divorcio la infidelidad del marido, sino cuando se produjera con escándalo público o con menosprecio de la mujer; desigualdad irritante, en contra de la mujer, que en los labios del Sr. Sanchís Banús tuvo la indignada protesta que merecía.

En el Código penal también había otro precepto, bien conocido y comentado, de enorme injusticia, de privilegio para el marido y de inferioridad para la mujer.

En el Código civil también se establecían otras desigualdades en contra de la mujer. Con ocasión, por ejemplo, de la tutela, el artículo 237 número 7º, prohíbe a la mujer ser tutora salvo en los casos en que expresamente la llama la ley que son muy pocos.

El artículo 681 del mismo Código prohíbe, sin razón alguna, que la mujer sea testigo en testamento. Así podría citar otra porción de casos relativos a la inferioridad de la mujer. Decía un sabio maestro de la Universidad de Zaragoza, muerto hace años, que entre la mujer y el hombre no debía hacer más diferencias que aquellas que resultasen de la propia condición femenina y de sus distintas aptitudes para la conservación de la especie. Aquellos preceptos estaban influidos por ciertas causas accidentales, otros eran enteramente arbitrarios o respondían a motivos ancestrales, a preocupaciones sociales y a otros ya desvanecidos y sin razón alguna. Pues bien; ahora se quiere que pasemos, como decía D. Basilio Álvarez, a una situación de privilegio en favor de la mujer, puesto que se le da un derecho que no tiene el varón, sin que exista motivo alguno para que



la mujer lo tenga.

El Sr. Sanchis Banús ha entonado un canto, que yo aplaudo, a la mujer como madre, sacrificada en el matrimonio más que el marido, sobre todo con relación a la concepción y gestación. Pero, ¿qué razones hay, no obstante, para establecer esa diferencia verdaderamente irritante?. De prosperar ese criterio y de seguirse ese camino, así como hemos estado años y años luchando por el feminismo, obteniéndose, por parte de la mujer, triunfos muy merecido, tendríamos que entrar en la era del masculinismo y reclamar para el marido derechos que a la mujer se conceden y que a él han sido negados.

Se ha alegado como causa de esta desigualdad que se pretende establecer la razón económica. Ya decía el Sr. Raza Medina que esta razón carece de consistencia. ¿Por qué se dice que la mujer casada carece de independencia económica para promover el juicio de divorcio?. Si los dos son trabajadores, obreros, los dos litigan por pobres; si el marido es rico podrá litigar la mujer con las rentas del capital, puesto que formarán la masa de los gananciales. No hay diferencia económica, por tanto. Aparte de que tendrá la mujer el derecho a pedir lo que en términos forenses se llama "litis expensas", que es la cantidad que, a más de los alimentos, se detrae del capital del marido para pagar las costas de abogado y procurador. Podrán, por tanto, las mujeres disponer de abogados eminentes y de todos los medios que tenga el marido. ¿Dónde está, pues, la diferencia económica?. A mi juicio no existe.

Tampoco puede alegarse la resistencia de la mujer por motivos de pudor. Os habla un abogado con 45 años de ejercicio, con una muy intensa vida profesional y, además, con una herencia de recuerdos de un abogado eminente, que os dice que las mujeres van al divorcio cuando no quieren ya al marido, con razón muchas veces, y algunas veces por

capricho. Si son caprichosos y volubles, ¿por qué han de sentir pudor en ocultar las causas del divorcio?. Y si realmente están heridas porque el marido les haya faltado de una manera grave, tampoco tendrán inconveniente en alegar las causas que les inducen a pedirlo, y no sólo en alegarlas, sino hasta en probarlas.

Yo os digo que he visto muchos casos en mi práctica profesional que acreditan lo contrario de lo que se alega. Una mujer verdaderamente amante y cariñosa, vejada por el marido de la manera más grave, no quiso divorciarse, a pesar de que su padre se lo imponía, porque ella quería, a pesar de todo, al marido. Era una mujer digna, sacrificada y merecedora de aplausos. En cambio, conozco otro caso: el de una mujer que a las 48 horas de casada presentó una demanda de divorcio contra su marido, fundada en una causa que el pudor pudo impedirle alegar; no obstante, como digo, la alegó y el divorcio se acordó. La ofensa era de las más terribles que a una mujer se pueden hacer, y no padeció el pudor de la esposa al alegarla, quedando el marido en el papel verdaderamente absyecto en que debía quedar.

Creo que sólo han sido esas las causas que se han alegado como fundamento de esa diferencia, y las estimo desvanecidas. Por eso esta minoría no tendrá inconveniente, y se honrará, en votar la enmienda de la minoría radical-socialista, evitándose, además, tener que defender la primera parte de una enmienda que ha presentado en ese mismo sentido (Aplausos)" (218).

Solicitada votación nominal por el Sr. Baeza Medina, varios Sres. Diputados de la minoría socialista señalan que no hace falta, tomándose en consideración en votación ordinaria, constando el voto favorable de la minoría socialista, la enmienda del Sr. Baeza Medina, que pasa así a ser nuevo dictámen: Otras enmiendas al párrafo primero del artículo 41 del proyecto de Constitución, coincidentes en gran parte con la enmienda ya

aprobada de la minoría radical-socialista, fueron retiradas por los Sres. Diputados que las habían suscrito (218).

Aprobado por la Cámara el artículo 41 del proyecto de Constitución, y con él su párrafo primero, el precepto constitucional vino a resolver el problema de la admisibilidad jurídica de esta institución jurídica. Más no sólo se vino a conceder una facultad, un derecho a los cónyuges para solicitar la disolución del vínculo conyugal, sino que también se determinan qué procedimientos o medios se otorgan a los cónyuges que pidiesen, conforme a la facultad o derecho que se les concedía, la disolución del matrimonio. El precepto constitucional afrontaba y resolvía así los dos más controvertidos problemas que se presentan cuando de esta institución se trata, el problema de su admisibilidad jurídica y, supuesta la admisibilidad del divorcio vincular, el problema del sistema a seguir en la regulación de esta institución jurídica.

---

(213) Enmienda, que se leyó por segunda vez en la sesión del día 16 de Octubre de 1931 -NUN.58- del Sr. Baeza Medina y otros al artículo 41 del proyecto de Constitución:

"Los Diputados que suscriben tienen el honor de proponer a las Cortes que el párrafo primero del artículo 41 quede redactado en la forma siguiente:

Artículo 41: La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa".

Palacio de las Cortes, 2 de Octubre de 1931. Emilio Baeza Medina.- Francisco López Gaicoechea.- Jerónimo González.- Félix Susaeta.- Angel Galarza: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º AL NUN. 49.

(214) Intervención del Sr. Baeza Medina, de la minoría radical-socialista en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1780-1781.

(215) Intervención del Sr. Cordero para explicar el voto de la minoría socialista en relación con la enmienda de la minoría radical socialista: Diario de Sesiones: Tomo III, págs. 1781-1782.

(216) Réplica del Sr. Baeza Medina al Sr. Cordero en su explicación de voto de la minoría socialista: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1782.

(217) Intervención del Sr. Gil y Gil para explicar el voto favorable de la minoría radical a la enmienda de la minoría radical socialista: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo III, p. 1782-1783.

(218) Enmiendas retiradas por los Sres. Diputados que les habían suscrito teniendo en cuenta la aceptación por la Cámara de la enmienda de la minoría radical-socialista:

a) Enmienda de la Srta. Kent y otros al artículo 41 del proyecto de Constitución -párrafo primero:-

"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos por ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a solicitud de la mujer o del marido, con alegación de justa causa".

Palacio del Congreso, 29 de Septiembre de 1931. Victoria Kent.- Feliz Gordón Ordás.- Emilio Baeza Medina.- Benito Artigas Arpón.- Emilio Palomo.- Angel Galarza.- José Salmerón García:

Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º AL NUM. 46, y Tomo III, p. 1783.

b) Enmienda del Sr. Ayuso y otros al artículo 41 del proyecto de Constitución, que propugnaba la siguiente redacción de su párrafo primero: "El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso, o por libre voluntad de cualquiera de los cónyuges, con alegación de justa causa".

Palacio de Congressos, 14 de Septiembre de 1931. Manuel Hilario Ayuso.- Melchor Marial.- Ramón Ruiz Rebollo.- Eugenio Arauz.- Ricardo Crespo.- Francisco Juliá Revelló.- Angel Sarmiento: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 39 y Tomo III p. 1783-1785.

c) Enmienda del Sr. Recaséns y otros al artículo 41 del proyecto de Constitución, que en su párrafo primero establecía: "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por las causas y mediante los procedimientos que disponga la ley".

Palacio de las Cortes, 13 de Octubre de 1931. Luis Recaséns Siches.- César Puig.- Rafael Salazar Alonso.- José Borrajo.- Emilio González.- Javier Elola.- Manuel Portela: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 57, y Tomo III, p. 1785-1787.

d) Enmienda del Sr. Gil y Gil y otros al artículo 41 del proyecto de Constitución, que propugnaba la modificación de su párrafo en este sentido: "... Suprimir la posibilidad de disolver el matrimonio por la libre voluntad de la mujer": Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 57, y Tomo III p. 1787.

e) Enmienda del Sr. Conde y otros al proyecto de Constitución: Al artículo 41:

"Debe suprimirse del apartado segundo del párrafo primero lo siguiente: ... Y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación en este caso, de justa causa".

Palacio de Congressos, 23 de Septiembre de 1931. Luis Conde.- José Reino Caamaño.- Benito Blanco Rajoy Espada.- Alfonso Rodríguez Castelao.- Antonio Villar Ponte.- Ramón Otero Pedrayo.- Manuel Portela: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 8º al NUM. 43, y Tomo III, p. 1788.

5. Proyecto de ley sobre el divorcio y dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Discusión de totalidad del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio. Sistemas legislativos que influyen en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.

5.1. Proyecto de ley sobre el divorcio y dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Discusión de totalidad del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio.

En la sesión celebrada el día 4 de Diciembre de 1931 -NUM. 86-, el Ministro de Justicia, D. Fernando de los Rios Urruti, lee ante las Cortes Constituyentes el proyecto de ley sobre el divorcio (220), que pasa a la Comisión permanente de Justicia: el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio se lee y queda sobre la Mesa, anunciándose que se señalaría día para su discusión, en la sesión del día 19 de Enero de 1932 -NUM. 101- (221). Iniciada la discusión del dictamen de la Comisión permanente de Justicia en la sesión del día 3 de Febrero de 1932 -NUM. 110-, en la sesión del día 25 de Febrero de 1932 -NUM. 123- se procede a la votación definitiva de la Ley de Divorcio y, tras verificarse votación nominal, queda aprobada por 260 votos a favor y 23 en contra (222) -siendo el número de Sres. Diputados que habían prometido de 460, 117 no se hallaban presentes en la Cámara cuando se procede a la votación de la misma-.

En la sesión del día 3 de Febrero de 1932 -NUM. 110- tiene lugar el debate de totalidad del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

5.1.1. El primer turno en contra de la totalidad del proyecto de ley de Divorcio corre a cargo del Sr. Guallar -sacerdote-, que se opone a la totalidad del proyecto de ley de divorcio sin decender a los artículos que regularían la aplicación

del divorcio en la práctica, sino combatiendo la institución misma:

Inicia su discurso el Sr. Guallar señalando cómo ni el divorcio ni las demás cuestiones matrimoniales son materia propia del contenido de una Constitución:

"... He pedido la palabra, Sres. Diputados, para oponerse a la totalidad del proyecto de ley de Divorcio. Y he de atacar la ley del Divorcio, no descendiendo a los detalles de su aplicación, sino combatiendo la institución misma. Lo hubiera hecho así al discutirse los artículos de la Constitución en que figura el principio de la concesión del divorcio, de haber estado presente en la Cámara; pero como entonces no me hallaba en ella aprovecho esta ocasión para combatir, como he dicho antes, no los artículos que van a regular la aplicación del divorcio en la práctica, sino la misma institución.

Ya cuando se discutía el proyecto constitucional me parecía que en él no se debía consignar el principio del divorcio, porque éste y todas las materias referentes al matrimonio eran completamente ajenas a las de la Constitución tal como las entienden hoy los pueblos modernos. No hay, Sres. Diputados, ninguna Constitución de la postguerra - y pasan de veinte - que hable siquiera de la familia, excepto aquellas que han seguido el tipo alemán, como son la de Yugoslavia, la de Checoslovaquia, la de Dantzig y la de Grecia. Pues bien, estas Constituciones, que son las únicas que hablan de la familia, se reducen a decir que el Estado debe tomar bajo su protección el matrimonio, que éste debe establecerse sobre la base jurídica de la igualdad de los sexos y que las familias numerosas tienen derecho a un auxilio que les ayude; pero ni el divorcio, ni todas las demás cuestiones matrimoniales entran en las Constituciones modernas, las cuales se reducen a poner bajo la salvaguardia del Estado la familia, sobre la base jurídica de la igualdad de los sexos.

La razón de esta posición es obvia, es clara, porque el divorcio, como todas las demás cuestiones que afectan al matrimonio, es materia que depende en cada caso de ciertas necesidades morales, sociales y económicas, y estas necesidades aparecen en la estadística con fluctuaciones constantes en los índices relativos de la natalidad, a la morbilidad, a la delincuencia pasional, al suicidio y a todas las demás cosas que afectan al matrimonio; y querer sujetar a la fijeza de un precepto constitucional una cosa que está sometida a fluctuaciones tan profundas en corto lapso de tiempo, no puede encontrar explicación, como ha sucedido en gran parte de los artículos de la Constitución, sino en la intención preconcebida de querer exclusivamente meter un cartucho detonante para obtener el aplauso de la galería. Por eso, este artículo constitucional que admite el divorcio, no es un artículo avanzado, porque descubre una novedad muchas veces secular, sino que es un verdadero dislate de Derecho político, que hace aparecer nuestra Constitución, antes las Constituciones europeas, con el relieve infamante del ridículo (Rumores.- El Sr. Gomáriz: Se ha dicho que es la mejor de Europa.- El Sr. Pérez Marigal: Es que está en el Concilio de Trento todavía.- Risas)" (223).

En cuanto al fondo del asunto, para el Sr. Guallar la cuestión está en discernir cuál ha de ser la misión que debe tener el Estado respecto al matrimonio, considerando tres aspectos diversos en el matrimonio que pueden decir alguna relación con el Estado, un aspecto íntimo y personal, un aspecto jurídico que afecta a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y entre éstos y la prole, y un aspecto social relacionado con los sentimientos religiosos y las costumbres, preguntándose, a su vez, en cuál de estos tres aspectos debe entrar el Estado para regular el matrimonio: Si la consideración del matrimonio como institución social rechaza la posición que considera que el matrimonio es sólo una unión íntima y personal, en cuya solución no hay lugar para una intervención especial del Estado, y asimismo la que considera que el matrimonio es un puro contrato

de prestación personal y patrimonial, en cuya solución el Estado debe reducirse a aplicar los principios de justicia a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, desde el punto de vista social, considerando esta institución como una realidad social, complejo de sentimientos y de influjos que culminan en el sentimiento religioso y en el carácter sacramental que tiene en la Iglesia, lo que da al matrimonio un carácter sagrado que desborde el terreno político para entrar en el de la conciencia, toda intervención del Estado que contradiga este sentimiento religioso y este carácter sagrado del matrimonio es verdaderamente una invasión, un atropello de los derechos de la conciencia; mas, si en este sentido, el matrimonio debe quedar exclusivamente bajo la autoridad confesional de cada uno de los creyentes en todas sus partes y el Estado debe exclusivamente reducirse a reconocer el hecho social, a darle validez y a aplicarle aquellos principios de derecho civil que han de regular las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, hay que advertir que no todos tienen creencias religiosas, que hay muchos que no profesan religión alguna, de hecho o de derecho, y si para éstos ha perdido el matrimonio todo su carácter sagrado, no por eso ha dejado de ser una verdadera institución social que cae, por consiguiente, bajo la dirección ya exclusiva del Estado, y para ellos se establece el matrimonio civil, que no es un puro contraro, sino que debe considerarlo el Estado como una institución social. Pues bien, ni tan siquiera en este aspecto puramente civil -pues, desde luego, ni tan siquiera en este aspecto puramente civil el matrimonio religioso es indisoluble- puede admitirse el divorcio, y ello porque son aun bajo el aspecto meramente civil el matrimonio está sujeto a la ley natural y la ley divina prohíben en absoluto el divorcio y son anteriores a toda ley humana y a toda Constitución, aparte de que, aun bajo este aspecto puramente civil, el divorcio ni es útil ni conveniente, no ya en el terreno religioso, sino en el social, destacándose por el Sr. Guallar los efectos desastrosos no ya en el seno de la familia sino en la misma sociedad que trae consigo el divorcio:



"... Pero dejando aparte si cabe o no dentro de la Constitución todo lo que se refiere al divorcio y al matrimonio, vengamos al fondo del asunto. ¿Cuál es la misión que debe tener el Estado respecto al matrimonio?.

Pueden considerarse en el matrimonio tres aspectos diversos, que pueden decir alguna relación con el Estado: un aspecto íntimo y personal de los contrayentes, representando por el corazón; otro aspecto jurídico, que afecta a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y entre éstos y la prole; otro aspecto social relacionado con los sentimientos religiosos, con las costumbres, con el aumento y conservación del pueblo o de la nación. Y yo pregunto: ¿En cuál de estos tres aspectos debe entrar el Estado para regular el matrimonio?. Desde luego, señores, que la posición más avanzada es la adoptada por el que fue presidente de la Comisión dictaminadora del proyecto constitucional, Sr. Jiménez de Asúa, en su obra "Libertad de amar y derecho a morir". En esta posición, el matrimonio es sólo una unión íntima y personal, basada en el amor, en relación a la función sexual y a los demás auxilios materiales y morales, exclusivamente voluntarios, que se prestan dos personas de distinto sexo. En esta posición, señores, no hay lugar para una intervención especial del Estado, sino simplemente para la aplicación de las reglas sociales y jurídicas de carácter general que garanticen la seguridad de las personas, los intereses patrimoniales y también los derechos que tiene la prole a la asistencia social como las obligaciones que se derivan de esta generación para los progenitores, y así quedará reducido todo el derecho matrimonial exclusivamente a las obligaciones de la paternidad; todos los hijos serán legítimos en este caso o, mejor dicho, hijos simplemente. Esta posición, como veis, es avanzada y no responde a la realidad social, no sólo española, sino del mundo entero. La moderación y templanza de las costumbres, que es base incommovible de la paz pública y del orden en la vida del Estado, la prosperidad misma de

la Nación, la salud de la raza, el mismo régimen de la economía y del trabajo, rechazan esta solución, verdaderamente disolvente.

Desde el punto de vista jurídico, el Estado debe reducirse a aplicar los principios de justicia a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges declaradas y registradas suficientemente por todos los medios que el derecho concede. Pero esto oculta el verdadero y esencial carácter del matrimonio, porque la historia y las costumbres, como la misma influencia social verdaderamente eficaz que el matrimonio tiene en la vida de los pueblos, revelan que no es un puro contrato de prestación personal y patrimonial exclusivamente, sino que es una realidad social, que tiene características especialísimas, y sería, señores, desde este punto de vista, un verdadero absurdo que el Estado cerrase los ojos a esta realidad social, complejo de sentimientos y de influjos que acreditan la institución familiar en el mundo y que son la garantía principal de la paz y de la prosperidad de los pueblos, y en este sentido, en este complejo de sentimientos, culmina el sentimiento religioso, que no quiero traer aquí, probándolo de una manera teológica, porque lo considero, en primer lugar, inútil y -que me perdone el Sr. Pérez Madrigal- tal vez no sólo inútil, sino algo demasiado elevado para la mentalidad de las Cortes Constituyentes (Grandes rumores y protestas).

Pero refiriéndome a la Historia (continúan los rumores) históricamente se ve que la Humanidad ya en sus primeras manifestaciones ha rodeado al matrimonio de toda clase de ritos religiosos, la "conferreatio", las velaciones, los discursos sacerdotales, que culminan en el carácter sacramental que tiene en la Iglesia, y esto da al matrimonio un carácter sagrado, que desborda el terreno político para entrar en el de la conciencia, ante la cual debe detenerse el Estado, porque es límite infranqueable de los derechos naturales del hombre. En este sentido, señores, toda inter-

vención del Estado que contradiga este sentimiento religioso y este carácter sagrado del matrimonio, es verdaderamente una invasión, un atropello a los derechos de la conciencia, y nada más contrario que esto a la posición liberal que adoptan los Estados modernos.

El matrimonio de los contrayentes en este sentido debe quedar, por consiguiente, exclusivamente bajo la autoridad confesional de cada uno de los creyentes en todas sus partes; es decir, que en los requisitos para contraer, en el contrato matrimonial, en la subsistencia del vínculo, en los efectos y en las obligaciones morales, el Estado debe exclusivamente reducirse a reconocer el hecho social, a darle validez y a aplicarle aquellos principios de derecho civil que han de regular las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges.

Pero, además, señores, hemos de advertir que no todos tienen creencias religiosas; que hay muchos -o pocos- que no profesan religión alguna, de hecho o de derecho, y para éstos, realmente, ha perdido el matrimonio todo su carácter sagrado, pero no por eso ha dejado de ser una verdadera institución social que cae, por consiguiente, bajo la dirección ya exclusiva del Estado, y para ellos se establece el matrimonio civil, que no es un puro contrato, sino que debe considerarlo el Estado como una institución social, por las razones que he dicho antes, porque las costumbres y el aumento de población, la pureza física y espiritual de la raza, exigen que se le preste una atención especial y se le rodee de unas garantías singularísimas, mucho mayores de las que se otorgan a los demás contratos. Y aquí se presenta la cuestión: ¿Es el divorcio útil o conveniente, no ya en el terreno religioso, sino en el social, hasta para el mismo matrimonio civil, porque, desde luego, el matrimonio religioso es indisoluble?. Yo contesto que no; que ni aún en este aspecto meramente civil puede admitirse el divorcio (Grandes rumores).

El Sr. Vicepresidente (Barnés): Orden, Sr. Pérez Madrigal y Sres. Diputados; reparen SS.SS. que tal como se ponen aquí los debates, no dejando hablar al orador cuando está expresando en términos incluso académicos, esto va en desprestigio del Parlamento y la Presidencia no puede menos de advertirlo así (Muy bien).

El Sr. Pérez Madrigal: Me felicito de haber dado ocasión a la Presidencia para obtener la aprobación de la Cámara.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): Gracias; pero yo me felicitaría del silencio de S.S. (Muy bien).

El Sr. Pérez Madrigal: Se lo prometo, mientras no me exaspere este ilustre sacerdote (Rumores de protesta). Sí, me ha exasperado, porque ha hablado del nivel intelectual de la Cámara y antes también se ha dirigido a mí de una manera directa (Rumores).

El Sr. Guallar: Digo, pues, señores, que no puede admitirse realmente el divorcio ni aún en este aspecto puramente civil. Desde luego, aun bajo el aspecto meramente civil, el matrimonio está sujeto a la ley natural y a la ley divina; y la ley natural y la ley divina prohíben en absoluto el divorcio, y son anteriores a toda ley humana y a toda Constitución; porque pasarán los imperios y se disolverán las Constituciones y se cambiarán las organizaciones sociales y sobre el mar en que tantas instituciones naufraguen y se hundan, sobre tantas ruinas brillará siempre con resplandores inextingibles la ley fundamental de la familia humana, promulgada por Dios en la misma cuna del género humano; la ley que proclama la indisolubilidad del matrimonio.

Pero considerándolo sólo como institución histórica, abriendo el Génesis, vemos que en sus primeras páginas está

ya consignada esta ley fundamental del matrimonio, porque Dios, después de haber creado y permitirme esta cita, todas las cosas y haberlas sacado, con la magia de su palabra, del seno de la nada, el hombre, puesto como un rey en medio de los esplendores de la creación, le dió Dios una compañera, y al dársela pronunció estas palabras que son el primer cántico de amor que resonó en el mundo: "Esta es carne de mi carne y hueso de mis huesos; por ella dejará el hombre a su padre y a su madre y serán dos en una carne". En esta historia de la primera familia, del primer matrimonio que Dios mismo consagró en esta ley fundamental y en esta forma tan explícita, veis que el matrimonio no se puede romper, como no se pueden separar los miembros de un mismo cuerpo, porque son dos en una misma carne. Y después de miles de años de pasiones y de errores humanos, que desfiguran la obra maestra de su omnipotencia soberana, la familia, Jesucristo, que vino a restaurar todas las cosas, restaura también la familia y promulga otra vez aquella primera ley fundamental, dictada por Dios, de la indisolubilidad de todo matrimonio; y esta ley nueva restaura de tal manera la ley antigua, que cierra la puerta a toda discusión y pone barreras infranqueables a toda disolución; de manera que ya, según esta ley, sólo la muerte puede romper el vínculo, porque es un vínculo total y absolutamente indisoluble.

Y esta ley, Sres. Diputados, la promulga también San Pablo (El Sr. Pérez Madrigal: Sr. Presidente, ¿qué tenemos que ver con San Pablo?. Rumores de protesta.- El Sr. Beunza: Esa es una coacción intolerable.- Nuevos rumores).

Pues bien, señores, cuando el gran Apóstol defendía esta doctrina, no ignoraba que las leyes romanas admitían el divorcio; sabía que las nuevas nupcias contraídas entre los divorciados eran reconocidas por el Imperio; no obstante lo cual, él, que pregonó, que predicó de una manera formal y expresa la obediencia y el acatamiento debidos a los Poderes constituidos, declaró, sin embargo, nulas y sin ningún

valor todas estas leyes ante la conciencia cristiana, por ser, señores, contrarias a la ley divina, contra la cual ninguna ley humana puede prevalecer. Y esta ley, promulgada por Dios, predicada por Cristo, enseñada por los apóstoles de la Iglesia y los doctores del catolicismo, la han defendido con valor y tenacidad, luchando contra todos los errores y contra todas las resistencias del judaismo y del paganismo; ley, señores, que los Papas han recordado siempre a los reyes cuando han querido substraerse a ella; ley que todas las escuelas teológicas mantienen y defienden; ley que, a pesar de todas las rebeldías de la carne y de las pasiones humanas, subsiste donde quiera que hay una iglesia cristiana y que, sostenida por la autoridad incontestable de quince siglos, existía sin protesta hasta los tiempos en que Lutero vino a traer e inaugurar una época de decadencia moral que otra vez amenaza arrastrar el mundo hacia el paganismo, condenado y deshecho por Jesucristo.

Es admirable, señores, y yo quiero hacerlo resaltar, es admirable el valor indómito, la tenacidad y el heroísmo con que los Papas han defendido siempre esta ley fundamental contra el poder de los reyes. Es admirable el valor con que la han defendido contra las conjuraciones de los príncipes, prefiriendo perder naciones enteras antes que ceder, porque al defender la integridad del matrimonio y la dignidad de la mujer sabían que defendían la dignidad de la civilización. Y esta es la gran gloria, que yo quiero aquí proclamar, de la Iglesia católica, que no ha cedido nunca contra todas las conjuraciones de los poderosos, contra las pasiones y contra los errores, manteniendo, en medio del torrente de la corrupción, como un símbolo de la civilización verdadera, esta ley de la indisolubilidad del vínculo, que es fundamental en la familia.

Pero, además, señores, no son sólo la ley divina y la ley natural las que condenan el divorcio; es que lo condena también la razón, lo condena también la experiencia;

porque, como decía Paul Bourget, la ley del divorcio es la asesina de la vida familiar y de la vida social; es una ley retrógrada, que nos promete la libertad y no nos da sino la esclavitud y la miseria.

La ley del Divorcio, haciendo del matrimonio un mero contraste rescindible, siembra la desconfianza entre los esposos; porque, ¿qué confianza puede haber entre dos personas que saben que en un momento de mal humor pueden disolver los lazos que las unen?. La ley de la indisolubilidad es la más fuerte garantía de la unión espiritual de los esposos; es el medio más seguro y eficaz para resistir y disolver todas esas nubes de la desavenencia que siempre engendra el trato común, desavenencias que a no ser por esa ley de la indisolubilidad serían muchas veces causa ocasional de rompimientos definitivos, con quebranto de la institución familiar y de los derechos afectivos de los hijos.

Pero, además, señores, la ley del Divorcio es una ley de servidumbre y de envilecimiento del débil; es en primer término una servidumbre para la mujer, que al abandonar el hogar que había formado con su sangre y con su amor, ha dejado en él los mejores bienes, los que jamás podrá recobrar: el encanto de su juventud, las primicias de su honor, muchas veces hasta su dote, sin que pueda ya rehacer su existencia, trastornada y deshecha.

Es, sobre todo, el divorcio la rutina de los hijos. Es preciso saber que el matrimonio no se halla establecido principalmente para la satisfacción de los esposos, sino que está establecido principalmente para los hijos; que la familia no tiene por fin el provecho del individuo, sino el provecho de la sociedad; que la familia es institución que debe subsistir siempre, sin disolverse, porque tiene un fin elevadísimo que cumplir, cual es el de la procreación y educación de los hijos; fin que no podría alcanzarse de manera completa sin la protección del padre y sin el amor de la madre.

Pero, además, señores, el divorcio es un germen de disensiones, es un mal social entre las familias y, sobre todo, abre la puerta a la corrupción y al amor libre, el cual llegará pronto a establecerse sobre las mismas ruinas de estas leyes de divorcio, que no podrán nunca servir de barrera suficiente para detener las imposiciones de la sensualidad; y una vez rota la indisolubilidad, saltarán por encima de todas esas barreras de la ley civil, para llegar al amor libre, que es ya la disolución completa de la sociedad.

Y, señores, esto es lo que acredita la Historia, porque la causa principal del derrumbamiento del Imperio romano fue precisamente la corrupción de las costumbres, traída por el divorcio, que es lo que apartó a los romanos del matrimonio y debilitó sus brazos, abriendo de esta manera las puertas a la invasión extranjera. Este es lo que se ve en el mundo entero también; porque basta leer las estadísticas y lo que dicen los sociólogos y los políticos de alto renombre y con verdadero sentido de la vida social, para comprender los peligros gravísimos que ha engendrado el divorcio en las sociedades donde ha sido establecido.

Y no se diga, señores, que hay muchas razones en favor del divorcio porque todas ellas se apoyan en un falso sentimentalismo. En primer lugar, se dice: ¿Cómo es posible ligar la voluntad de una manera definitiva?. ¿Cómo es posible que yo, si no estoy ciego o loco, pueda en un momento ligar de tal manera mi voluntad que no pueda disolver jamás ese nudo que he hechado sobre mí con una sola palabra? ¿Quién puede poner barreras al corazón que hoy ama y mañana olvida? ¿Quién puede prever las traiciones de la inconsistencia y todos los movimientos del hastío?. Pero es lo cierto, señores, que si la libertad es un bien, es un bien mío que yo no puedo sacrificar en aras de un bien superior, y la indisolubilidad del matrimonio es un bien superior que engrandece la familia, que engandrece la vida social. ¿Es que no puedo yo sacrificar mi libertad por ese bien superior, como sacrifica el soldado su vida por el bien, por la prospe-



ridad, por la grandeza y por la defensa de la Patria?. De manera que, en rigor, los que aconsejan el divorcio no son defensores de la libertad, sino del libertinaje.

Se dice que se quiere mantener unidos caracteres muchas veces opuestos; que se quiere sostener un lazo que constituye una verdadera fuente de torturas y de tormentos para los que están unidos y ya no se aman. Pero esto es una excepción, y una excepción no puede influir sobre una ley general. Las leyes están dictadas para el bien común y no pueden descender a estos detalles; no pueden derogarse unas leyes comunes porque producen ciertos perjuicios en el orden puramente privado; porque si toda la ley pudiera derogarse porque causa algún perjuicio en el terreno particular, sería ya un imposible, una utopía todo orden y toda moralidad.

Y me vais a permitir que yo, y quiero terminar con ésto, os lea una página admirable del académico francés Paul Bourget en su novela célebre "Un divorcio".

"Permitidme, dice el ilustre académico francés, una comparación muy vulgar, pero muy exacta. Un barco llega a un puerto donde un pasajero tiene necesidad de desembarcar. En él tiene que resolver graves intereses materiales y morales: ver a su padre, moribundo, asistir a un proceso del cual depende su vida y su honor, u otros asuntos tan graves. Pero en el barco hay enfermos contagiosos. Las autoridades del puerto prohíben el desembarco para evitar el contagio. ¿Sería caritativo, sería justo ceder a los deseos y solicitudes del viajero, con riesgo de contagiar una ciudad de 100.000 habitantes?. Evidentemente, no. He aquí un caso en que la justicia y la caridad exigen el sacrificio del interés individual por el interés colectivo. Este principio domina la sociedad. Entre dos medidas, de las cuales una es útil a la comunidad y otra al individuo, la justicia y la caridad exigen que la primera prevalezca. Vengamos al matrimonio indisoluble. ¿Qué responde la razón?. Que

la sociedad se compone de familias, y tanto vale la sociedad cuanto valen las familias. El matrimonio indisoluble lleva elementos de vida y salvación a la familia indisoluble; elementos de reflexión seria antes de contraer el matrimonio, porque es indisoluble; elementos de cohesión más estrecha entre los familiares, evitando la mezcla de elementos heterogéneos; elementos de unidad en el espíritu de sus miembros. El matrimonio indisoluble es el más poderoso agente de la pureza y moralidad de las costumbres, fuera de las cuales todo es anarquía, y fiebre eterna. ¿Qué responde la Historia después de la razón?. Que todas las civilizaciones superiores tienden a la monogamia, y el divorcio no es la monogamia, es la poligamia sucesiva. No quiero dar un curso de Sociología. ¿Pero sabéis que dice la estadística?. Que en los países donde el divorcio existe, la cifra de los locos, de los criminales, de los suicidas, es más de doble entre los divorciados".

Ahora voy a leer unas palabras que no son de un académico; son de un Papa, León XIII:

"Apenas pueden contarse -tantos son- los males de los cuales es fuente el divorcio; destruye el afecto y la confianza entre los esposos; aviva y estimula la infidelidad; hace difíciles, si no imposibles, la protección y la coeducación de los hijos; es semillero de discordias entre las familias; rebaja la dignidad de la mujer con el peligro de verse abandonada después de ser el instrumento de las pasiones de los hombres; favorece la corrupción de las costumbres, cáncer que devora los pueblos y las naciones más robustas y poderosas, abriendo las puertas, como lo atestigua la experiencia, a los delitos mas reprobables" (224).

El discurso del Sr. Guallar oponiéndose a la totalidad del proyecto de ley de Divorcio resume brillantemente las razones expuestas por los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio, pero, con razón, señalaron algunos Sres. Diputa-

dos que la intervención del Sr. Guallar había sido una impugnación del artículo 43 de la Constitución, que ya se había aprobado: Así, el Sr. Sediles entiende que, si bien podían discutirse más o menos las formas del divorcio, lo era, a todas luces, impropio era discutir el artículo 43 de la Constitución ya aprobada; igualmente, para el Sr. Salazar Alonso, de la Comisión, el principio del divorcio, establecido en el artículo 43 de la Constitución, es absolutamente indestructible, y tolerar una discusión de este principio es aceptar en la propia Cámara una campaña, lo que es inadmisibles (225).

---

(220) Proyecto de ley leído por el Sr. Ministro de Justicia a las Cortes Constituyentes en la sesión del día 4 de Diciembre de 1931 -NUM. 86- Sobre el divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 86 (Transcrito como Apéndice IV de esta tesis doctoral).

(221) Dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 19 al NUM. 101 (Transcrito como Apéndice V de esta tesis doctoral).

(222) Ley de Divorcio de 2 de Marzo -"Gaceta", 11-: Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 290 (Transcrita como Apéndice VI de esta tesis doctoral).

(223) Fragmento de la intervención del Sr. Guallar consumiendo un turno en contra de la totalidad del proyecto de ley de Divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3581-3585.

(224) Fragmento de la intervención del Sr. Guallar consumiendo un turno en contra de la totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3581-3585.

(225) Intervención de los Sres. Sediles y Salazar Alonso expresando su disconformidad con que en esta fase de discusión de totalidad del proyecto de ley de divorcio se pusiera en discusión el principio del divorcio, consagrado ya en el artículo 43 de la Constitución de la República: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3585.

5.1.2. Interviene a continuación del Sr. Guallar, consumiendo el primer turno en pro de la totalidad del proyecto de ley de divorcio, el Sr. Vidarte:

Oponiéndose a la tesis del matrimonio indisoluble envuelta en el ropaje de la tradición, con toda clase de argumentos religiosos y morales a su favor, parte en su discurso del hecho de la existencia de matrimonios que viven en la realidad desunidos, siendo necesario resolver la situación de estos matrimonios de la manera mas adecuada a los tiempos presentes:

"... Me levanto a consumir un turno sobre la totalidad del proyecto, con mi exclusiva responsabilidad, sin que aspire a que mis palabras fijen un criterio de partido.

Después del texto constitucional, muy pocos temas pueden presentarse a la deliberación de estas Cortes de más vivo valor emotivo, que más apasionando pueden despertar, que este del divorcio. Vamos a liquidar una época de nuestro derecho familiar que ha durado muchos siglos; una época en que, por haber ido al altar unido al trono como la sombra al cuerpo, nuestras leyes civiles, más que inspiradas en el Derecho canónico, estaban calcadas, estaban copiadas de él; vamos, en fin, a liquidar una época de vínculo indisoluble, de lazo indestructible, que espero ver figurar pronto en las páginas de nuestra Historia, al lado de instituciones muertas, que también tuvieron en otros tiempos sus defensores: al lado del feudalismo y de la esclavitud.

Se presenta a la consideración de esta Cámara la vieja tesis del matrimonio indisoluble envuelta en el ropaje de la tradición, con toda clase de argumentos religiosos y morales a su favor. La religión nos dice... (El Sr. Castrillo Tampoco es eso; volvemos a la incongruencia de antes. Ya está aprobado el artículo 26).

La Religión nos dice que el matrimonio es indisoluble porque, al elevar Cristo el contrato matrimonial a la catego-

ría de sacramento, hizo que los cónyuges no pudieran separarse, simbolizando así la unión de Cristo con la Iglesia. La moral católica nos dice también que establecer el divorcio vincular sería como llevar al fondo de las familias el libertinaje y la inmoralidad; que la posibilidad, la sensación de que el vínculo sea roto sería tanto como llevar al hogar una intranquilidad absoluta. Aspiran los que así hablan a que el matrimonio sea indisoluble y que la unión entre hombre y mujer se conserve siempre con este carácter. Yo digo que ésto en muchos casos es un bello sueño, construido, más que con materiales de la realidad, con la imaginación y la fantasía. Yo no niego que haya una inmensa mayoría de matrimonios que no necesiten para nada el divorcio; que esta ley, y doscientas que nosotros aprobáramos, serían para ellos absolutamente indiferentes, porque, más que por razones legales, están unidos por lazos sentimentales y de amor; pero digo también que hay muchos matrimonios que viven en realidad desunidos, que se han acogido al divorcio imperfecto de que habla la Iglesia, y a la separación de los cuerpos, y que es necesario resolver la situación de estos matrimonios de la manera más adecuada con nuestros tiempos" (226).

El Sr. Vidarte, aproximándose en esto a la tesis del Sr. Lluhi, cree que la humanidad logrará elevarse hasta otras formas más perfectas de unión monogámica en las que la imposición de la ley sea sustituida por un lazo sentimental, más hasta tanto esta institución se perfila en el porvenir, es necesario acudir al establecimiento del divorcio no sólo como solución para resolver la situación de aquellos matrimonios que viven desunidos sino como remedio para paliar en lo posible la crisis por que atraviesa la institución matrimonial. De ahí que el Sr. Vidarte combata los perjuicios religiosos y morales con que se ataca la institución del divorcio por los defensores del principio de indisolubilidad del matrimonio: Frente al perjuicio religioso, el Sr. Vidarte intenta demostrar cómo la indisolu-

bilidad del vínculo ha sido algo muy discutido dentro de la Iglesia católica, cuya intransigencia surge desde el Concilio de Trento, siendo de notar que, al mismo tiempo que la Iglesia católica repudiaba el divorcio iba multiplicando las causas por las que podía llegarse a la nulidad del matrimonio; frente al perjuicio moral, y partiendo del hecho de que el problema del divorcio surge en aquellos matrimonios que viven desunidos, compara la situación de los cónyuges y de los hijos en el caso de aceptar la institución del divorcio y en el caso de la solución propugnada por los defensores del principio de indisolubilidad de la separación de la convivencia sin ruptura del vínculo, e insistiendo en razones que nos son ya conocida señala, respecto a los cónyuges, que la separación no es ya el camino más corto para el adulterio sino, en el caso de la mujer pobre, el camino más corto a la prostitución, sin contar con la servidumbre, más odiosa que la misma prostitución, de la mujer que carente de recursos permanece sin desearlo unida al marido y obligada por la teoría del débito conyugal a entregarse a aquél, y respecto a los hijos, aparte de la perpetuación de la maldición bíblica de los habidos al margen de la ley que tendrán siempre la condición de adulterio, la solución menos dañosa para ellos, y más práctica que la desunión de hecho, cuando no es posible ya la convivencia entre los cónyuges, es la desunión legal para que, al menos, no presencien el rubor en las mejillas de su padre o de su madre adivinando un amor ilegítimo que tienen que ocultar:

"... Es evidente, Sres. Diputados, que el matrimonio atraviesa una gran crisis; crisis que se hace más de notar en los países como España e Italia, en los que no está establecido el divorcio vincular, en los cuales el lazo de indisolubilidad existe. Las estadísticas nos enseñan que desde 1900 a 1925 el tanto por ciento de los matrimonios ha descendido de nueve mil a seis mil; desde 1925 hasta nuestros días en España ha descendido aún más este número de matrimonios contraídos. Es, pues, evidente, que el matrimonio atraviesa una gran crisis, que la juventud de hoy, los hombres de hoy, miran mucho antes de ligarse con una mujer para siempre,

por el temor quizá de pagar con la tristeza de toda una vida el error o la ilusión de un momento. Para evitar esta crisis del matrimonio, casi todos los países civilizados han acudido al establecimiento del divorcio, y no como antitesis a la vieja tesis del matrimonio indisoluble, sino sencillamente como paliativo, como remedio a él, como puente entre las rígidas tradiciones del pasado y las posibilidades fecundas del porvenir. No es que yo tema por el porvenir de la Humanidad ante esta aguda crisis del matrimonio, que no pueden menos de reconocer sociólogos y novelistas, juristas y sociólogos. La especie humana, que ha sabido salir de las más imperfectas formas de unión sexual, que de la promiscuidad primitiva ha llegado al matrimonio indisoluble, logrará elevarse hasta otras formas más perfectas de unión monogámica, en las que la imposición de la ley sea substituida por un lazo sentimental. Pero mientras esta institución se perfila en el porvenir, necesario es estudiar, como posible atenuante de la crisis del matrimonio, la institución del divorcio.

¿Qué queda ante las nuevas tesis del divorcio vincular de los prejuicios religiosos y morales con que se le ataca?

Del prejuicio religioso y de las invocaciones de esta tesis religiosa yo voy a hablar algo detenidamente -si me permiten, claro está, hacer algunas invocaciones a los Concilios y a los Santos Padres, los Sres. Diputados que antes decían que ésta cuestión no se podía traer a la Cámara-, porque yo sostengo que la intransigencia con que algunas personas miran el divorcio, precisamente por ser contrario a la religión, ni ha sido justificada en todos los tiempos, ni existe en la realidad, y voy a intentar demostrarlo.

La indisolubilidad del vínculo ha sido algo muy discutido dentro de la Iglesia católica. Comienza tolerándose en los primeros tiempos del Cristianismo; en el Concilio de Arlés lo defienden San Epifanio y San Ambrosio. San Agustín

lo ataca, pero reconociendo que las Sagradas Escrituras no están claras en este problema y en los Concilios de Wannes y Roma se acepta para algunos casos.

Bien es verdad que al separarse las Iglesias griegas y romanas, ésta lo repudia y la primera lo acepta; pero no debía ser éste un gran inconveniente, porque al convocarse en 1439 el Concilio de Florencia para ver la manera de llegar a una unión entre la Iglesia de Oriente y la de Occidente, se declara que el problema del divorcio no sería obstáculo para la unión. Pero es que además en toda vuestra tradición religiosa tenéis reconocido el célebre privilegio Paulino, expresión de aquellas palabras de San Pablo en la epístola primera a los Corintios que establece que cuando en un matrimonio de infieles uno de ellos acepta el cristianismo, puede contraer otro matrimonios sin anular siquiera el anterior que le mantiene unido con el infiel.

Esto demuestra que cuando se ha tratado de llevar a las últimas consecuencias la intolerancia religiosa, habéis santificado no sólo el divorcio, sino la bigamia (Muy bien).

En realidad, la intransigencia surge desde el Concilio de Trento; pero es de notar que, al mismo tiempo que la Iglesia Católica intentaba reducir las causas del divorcio y lo repudiaba, iba acumulando y multiplicando las causas por las cuales podía llegarse a la nulidad del matrimonio, y así, siempre que un Poder superior, o siempre que un Poder que podía tratar de igual a los Pontífices, solicitaba la anulación de un matrimonio, éste era inmediatamente aprobado en Roma. Son múltiples los casos de Emperadores y Reyes cuyos matrimonios fueron anulados sin ninguna vacilación por el Romano Pontífice. .

Pero hay más: cuando los Reyes y Emperadores fueron desapareciendo, cuando el privilegio y el poder cambió de forma, y ya no eran las dinastías las que imponían su volun-



tad a la Curia romana, sino que eran los reyes de la finanza, del dinero, también los matrimonios siguieron anulándose en Roma. Así vemos hace algunos años el caso del multimillonario Vanderbilt, que logró la nulidad de su matrimonio; y vemos también con asombro cómo el abogado francés Mr. Blatau puede decir que siempre encontró más dificultades para lograr la nulidad de los matrimonios en los Gobiernos de los países que tenían establecido el divorcio que en la Curia Romana. De esto podrían dar quizá más detalles y antecedentes algunos de los Diputados que se sientan en esta Cámara.

Vamos ahora a enfrentarnos con el problema moral, problema moral que resurge, que intenta rejuvenecer con su elocuencia y brillantez de estilo el Sr. Guallar. Desde luego, el divorcio vincular nada supone para aquella inmensa mayoría de matrimonios que viven felices; no les afecta en nada. Es más, la inseguridad del vínculo, la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda separarse del otro, hará en todo momento que el respeto dentro del matrimonio sea mayor; hará que el temor a perder el cariño del otro cónyuge los tenga más unidos. El problema del divorcio surge precisamente en aquellos matrimonios que viven desunidos, porque el tener unidas a dos personas que no quieren permanecer así, es algo que no ha logrado todavía la Iglesia romana ni ninguna de las Iglesias del mundo. Vosotros mismos habéis aceptado el divorcio imperfecto, el divorcio que llamáis "quoad thorum et cohabitationem", y yo, lo que quiero comparar, es precisamente la situación de los cónyuges con vuestro divorcio, con la separación de cuerpos que vosotros mismos no tenéis mas remedio que aceptar, y la situación de los cónyuges con el divorcio vincular que nosotros preconizamos.

Mr. Richer, en la exposición al proyecto francés, compara la situación del divorciado con vuestra ley al divorciado con la ley que nosotros defendemos. Dice: Supongamos una mujer joven que se ha separado del marido, que ha acepta-

do el divorcio imperfecto: el de la simple separación de cuerpos. ¿Cuál es la situación de esta mujer? Podrá llevar una vida honesta, pero quizá nadie creerá en ella, y si por fin se decide a aceptar un amante, a tener amores ilegítimos, la ponéis frente a sus hijos en la inseguridad y el rubor de haber contraído una unión ilegítima, que la ley no sanciona. Y esto cuando a la mujer, al fin, es rica, porque la separación cuando la mujer es pobre no trae más consecuencia que el concubinato y la prostitución. Es tan grave este ambiente moral contra la mujer separada del marido, que hay muchísimas que aún deseando, queriendo separarse de él, sin embargo, permanecen unidas, sufriendo una verdadera servidumbre, porque vuestra teoría del débito conyugal, la obligación que se impone a una mujer no separada del marido de continuar entregada a él, siempre que éste quiera, es una servidumbre más odiosa que la misma prostitución, es la más degradante de todas las esclavitudes, santificada por la Iglesia. Si esta es la situación de la mujer, la del hombre cambia algo ciertamente, porque el hombre ha encontrado siempre un ambiente más propicio para desenvolver sus amores ilegítimos, porque el hombre, al lado del hogar legítimo, del hogar impuesto por la ley, puede tener otro, con el respeto, incluso con el beneplácito, de la misma sociedad. Pero este hombre, que tiene otro hogar al margen de la ley, puede tener hijos en él y estos hijos tendrán siempre la condición de adulterinos, no podrán ser reconocidos jamás por su padre; sobre estos hijos, sobre esta carne inocente, se perpetúa la maldición de Jehová en el paraíso. Este es el porvenir para una parte de los hijos, que vosotros habéis olvidado siempre, aquellos hijos que se llaman adulterinos. El problema moral surge principalmente al tratarse de los hijos. Decía: "El divorcio es más perjudicial para los hijos que para los propios cónyuges". Olvidáis primeramente que este no puede ser argumento decisivo, porque muchos matrimonios no tienen hijos y en nada les afecta el problema. Pero, es más, en los países que tienen establecido el divorcio, la estadística registra que precisamente el 80 %, o

más, de los matrimonios que se acogen a esta ley no tienen hijos. Este argumento ha quedado, pues, muy reducido. Pero examinemos también cuál es el porvenir de los hijos cuyos padres se han separado, cuyos padres no pueden contraer otras uniones, cual es la situación de estos hijos que constantemente están viendo su hogar convertido en un infierno, en la acepción que a esta palabra daba Santa Teresa, como el lugar donde no se ama.

Porque es evidente que cuando se habla de divorcio hay que suponer ya que la paz del hogar se ha roto, que no es posible la convivencia entre los cónyuges, que ha surgido entre ellos el hecho diferencial que ha separado sus almas para siempre, y yo os digo que la situación de un hijo será siempre mejor cuando sus padres pueden contraer otros lazos, cuando pueden encontrar quizá otro segundo padre u otra segunda madre que reemplace a aquel que la vida en sus azares le quitó. La situación de este hogar será siempre más noble que ver el hijo el rubor en las mejillas de su padre o de su madre, adivinando un amor ilegítimo que tienen que ocultar" (227).

Aun cuando todas las legislaciones han acudido al establecimiento del divorcio, no todas lo aceptan de la misma manera, y así, el Sr. Vidarte, consecuente con su posición, se muestra fervoroso partidario, frente a las directrices del derecho ruso, que funda la petición del divorcio en la simple manifestación de voluntad de los cónyuges, y del proyecto francés, que acoge el sistema puro de divorcio-sanción -se acepta el divorcio por causas que determinan generalmente una culpa en uno de los cónyuges-, de la incorporación al texto del proyecto de ley de divorcio de la técnica alemana de la discrepancia objetiva -se consigna que puede haber en los matrimonios unos hechos que no revistieron caracteres de culpabilidad, pero que, sin embargo, han producido en ellos una situación insostenible- que tiene su manifestación típica en la causa de la incompatibilidad de caracteres, pues es evidente que cuando dos cónyuges

no quieren continuar unidos no hay fuerza humana ni divina que los haga continuar sujetos por esos lazos que ellos consideran que se rompieron hace tiempo:

"... Tanta fuerza tienen estos argumentos, que las legislaciones han consignado siempre, con muy ligeras excepciones, el divorcio vincular; pero no lo aceptan de la misma manera. Diversas directrices podemos apreciar en la legislación extranjera: una, la del proyecto francés, la de la motivación culpable, que acepta el divorcio por causas que determinan generalmente una culpa en uno de los cónyuges. Es un sentido punitivo del divorcio, es más bien una sanción la que se impone, y así tenemos, como casos mas clásicos, el abandono de la mujer, la sevicia y el adulterio. Frente a estas circunstancias del proyecto francés surge una orientación distinta en el proyecto alemán, que es precisamente la de la discrepancia objetiva, la de consignar qué puede haber en los matrimonios unos hechos que no revistieron caracteres de culpabilidad, pero que, sin embargo, han producido en ellos una situación insostenible, y así, la nueva orientación de la técnica alemana, que tiene su mejor expresión en el proyecto del profesor von Kall, al lado de las causas de adulterio, abandono o malos tratos, nos habla de la impotencia, de la locura, de la enfermedad incurable; nos habla del más genuino caso de discrepancia objetiva: de la incompatibilidad de caracteres, de la aversión invencible de un cónyuge hacia otro. Frente a estas directrices de los proyectos de ley francés y alemán, que con más o menos fidelidad han seguido las legislaciones extranjeras, podemos colocar la nueva orientación del derecho ruso. En él, más que del divorcio se trata del matrimonio; y no reconociendo un gran valor a éste, yendo precisamente el proyecto ruso a considerar como unión legítima toda aquella que tiene un carácter de permanencia, el divorcio para ellos no tiene que apoyarse en causas objetivas ni subjetivas; el divorcio para ellos no tiene más que fundarse en la simple manifestación de voluntad. ¿Cómo recoge el proyecto que discutimos las orienta

ciones del proyecto francés y del alemán, ya que, desde luego, manteniendo entre nosotros la unidad dentro del matrimonio no podemos aceptar la tesis del derecho ruso?

Yo no puedo menos de elogiar este proyecto que recoge las fundamentales causas del divorcio, aquellas mismas que he llamado de motivación culpable y aquellas de motivación casual, de discrepancia objetiva, y así vemos incluidos el adulterio, la bigamia, la tentativa del marido para prostituir a la mujer o a las hijas, el abandono, el desamparo de la familia, el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, la violación grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio, la enfermedad contagiosa de carácter venéreo, la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años, la enajenación mental de uno de los cónyuges y algunas otras. Sin embargo, yo advierto un poco de timidez en la Comisión al no haber especificado entre estas causas una que coloca un poco escondida por un procedimiento distinto, una que es precisamente la mas fundamental, la que mayor número de casos de divorcio podrá dar. Esta la encontramos redactada de esta forma: "Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos".

He aquí la verdadera causa de discrepancia objetiva, he aquí la verdadera causa de incompatibilidad de caracteres, de la repugnancia moral o física de un cónyuge para continuar viviendo con el otro. Yo no sé si ha sido intencionadamente o no como la Comisión no ha introducido esta causa entre las muchas causas justas que enumera el artículo 1º del dictamen. Esta ha sido también en otros países la que mas duros embates ha sufrido, porque se dice que es tanto como romper el contrato matrimonial por la voluntad de uno de los cónyuges. ¿Puede esto hacerse?. Primeramente yo no creo que se deba hablar de contrato matrimonial, en el sentido

que los juristas entiendan que es contrato. Un contrato de una especie tan singular como éste, en que el objeto de él es el efecto, en que el objeto de él es el amor, no puede ligarse por la ley, de tal manera que se considere que no puede romperse jamás en la vida. Un contrato en estas condiciones sería tanto como que volveríamos a establecer aquellos principios en virtud de los cuales podía ligarse a un hombre a servidumbre para toda la vida. La ley, que ha suprimido el arrendamiento de servicios con carácter perpetuo, no puede establecer que la voluntad de los cónyuges no pueda variar en los contratos matrimoniales. De desear es que los cónyuges permanezcan siempre unidos; pero si esto no es aceptado por ellos, por circunstancias especiales, lo único que la ley puede hacer es reconocer este hecho.

... El divorcio en sí, tal como está consignado en el proyecto, me parece muy aceptable y muy dentro del artículo de la Constitución que comenzó por regular esta materia.

Yo quisiera, sí, que dierais una mayor importancia a estos casos de repugnancia moral, a estos casos de incompatibilidad de caracteres. Es evidente que cuando dos cónyuges no quieren continuar unidos, no hay fuerza humana ni divina que los haga continuar sujetos por esos lazos que ellos consideran que se rompieron hace tiempo. No son los jueces, son ellos mismos los que pueden decir cuándo se ha producido el divorcio entre ellos, cuándo surgió el hecho diferencial que los separó para siempre. Consignar en la ley sólo algunos casos, y muchos de ellos delictivos, no dar las facilidades más amplias a todo aquel cónyuge que quiera separarse del otro, sería tanto como obligarles a que se colocasen dentro de esas causas que vosotros consideraríais como únicas para que puedan alcanzar el divorcio, sería tanto como obligarles a que cometieran aquellos actos inmorales o delictivos que justifican la demanda de divorcio y que justifican también su sanción.

Aceptad, pues, con toda la extensión que merece, esta nueva técnica de la ciencia alemana de la discrepancia objetiva; aceptadla, porque otra cosa es que, inconscientemente, cayendo en las trampas de la vieja ley, sigamos los legisladores actuales sirviendo de Galeotos al adulterio" (228).

De ahí que el Sr. Vidarte haga igualmente una crítica del proyecto de divorcio en su regulación de las cuestiones procedimentales, entendiendo deben modificarse los trámites del juicio de menor cuantía que se adopta en el sentido de establecer un procedimiento más breve y económico, tal como se establece para el caso de separación o divorcio por mutuo disenso:

"... Las críticas que puedan dirigirse al proyecto de divorcio son más bien sobre las cuestiones del procedimiento. Parece como si siguiéramos entendiendo que el divorcio es un mal, cuando, en realidad, es el remedio de un mal; parece como si siguiéramos estendiendo que fuera necesario poner una serie de trabas para que los cónyuges no pudieran divorciarse jamás. Y así, al fijar el procedimiento, vemos que se establece por principio que la demanda ha de sustanciarse por los trámites del juicio de menor cuantía, con que ha de ser el juez el que valore las pruebas, con que habrá apelaciones ante el Supremo, y todo esto supone un procedimiento largo; supone, además, una cantidad de dinero fantástica, y todo esto hace que el divorcio que vosotros proponéis no vaya a ser otra cosa que un privilegio más para la clase burguesa. Por el contrario, si las clases modestas van a la demanda de divorcio, con estos trámites de juicios de menor cuantía, con apreciaciones judiciales y apelaciones al Supremo, será tal la cantidad de procedimientos de divorcio que caigan de oficio sobre los abogados, que va a ser absolutamente imposible su labor. Así, pues, yo entiendo que deben modificarse los trámites para el divorcio. Tal vez la solución estuviera en el procedimiento que fijáis para cuando se solicita la separación o el divorcio por mutuo disenso. Los trámites que fijáis para ese caso son

más breves; se descarta en absoluto la grave misión que confiáis al juez, que parece que no es otra sino poner constantemente frente a frente a los dos cónyuges para ver si el recuerdo de una emoción erótica pasada o las lágrimas de la mujer pueden hacerlos permanecer en unión, aunque ésta suponga que continúen sus vidas en un hogar lleno de tristeza" (229).

---

(226) Fragmento del discurso del Sr. Vidarte en su intervención consumiendo un turno en pro de la totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3586-3589.

(227) Fragmento del discurso del Sr. Vidarte en su intervención consumiendo un turno en pro de la totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. D.S. Tomo VI, p. 3586-3589.

(228) Fragmento del discurso del Sr. Vidarte en su intervención consumiendo un turno en pro de la totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. D.S., Tomo VI, p. 3586-3589.

(229) Fragmento del discurso del Sr. Vidarte en su intervención consumiendo un turno en pro de la totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. D.S., Tomo VI, p. 3586-3589.



5.1.3. A continuación del Sr. Vidarte interviene en este debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio el Sr. Ruiz de Villa:

La Constitución había proclamado en su artículo tercero el principio de aconfesionalidad del Estado: para el Sr. Ruiz de Villa la asunción por el poder civil de las atribuciones de que el Estado había hecho dejación en manos de la Iglesia en materia era una de las consecuencias más importantes y más trascendentales del principio de separación de la Iglesia y el Estado. Reconocida la necesidad de separar en el matrimonio los conceptos de "contrato" y "sacramento" -conforme a la legislación canónica el "sacramento" había atraído a sí el "contrato"- es a la sociedad civil a quien corresponde la regulación del contrato matrimonial: la secularización de la institución matrimonial suponía, pues, una rehabilitación del matrimonio civil y la reivindicación por el Estado de su poder legislativo en esta materia lleva consigo, a su vez, la reivindicación del poder judicial correspondiente. Mas si al Estado incumbe la regulación jurídica del matrimonio y de sus naturales consecuencias, el Estado, al regular el matrimonio, ha de velar por las institución matrimonial, por la misión social que ella desempeña, y así, en íntima conexión con la postura de aquellos que intentaban conciliar el divorcio con el decoro debido al concepto de familia y que llevaba a la admisión restringida del principio de disolución del vínculo -postura conciliatoria que habían mantenido los Sres. López Varela y Cirilo del Río-, señala el Sr. Ruiz de Villa cómo el Estado, al regular materia tan controvertida como la que se refiere al divorcio, debía, de una parte, dar cauces adecuados a la resolución de todos los matrimonios falsos, nada firmes y carentes de valor social, y de otra, tomar toda clase de precauciones y garantías con el fin de admitir el principio del divorcio de una manera restringida: Dentro de esta concepción se muestra, al igual que ya lo hiciera el Sr. Vidarte, partidario de introducir en España las nuevas orientaciones de la doctrina alemana que propugnaba la introducción en el sistema alemán de una nueva causa de divorcio fundada

en el hecho de la discrepancia objetiva -el matrimonio, proclamaba el Sr. Herhard, debe ser disuelto cuando el Juez tiene la convicción de que, objetivamente considerado, es falso e insostenible-:

"... Sres. Diputados: con la aprobación de esta ley de divorcio que se presenta a las Cortes, nuestro país da el primer paso y el más firme en orden a la secularización del Estado, y se manifiesta la más auténtica y la más trascendental consecuencia del principio de la separación de la Iglesia y el Estado.. Es precisamente en este punto, como en otros muchos, donde se ve lo que es y representa la república, sin necesidad de insinuar actitudes, y gestos que empañen en marco del régimen. Va el Estado a regular una institución de enorme trascendencia jurídica y social (aunque hubiera sido lo más lógico tener confeccionada una ley de matrimonio civil antes de reglamentar la disolución del vínculo) como cosa natural, sin que tengamos que extorsionar nada, ni cabalgar sobre el eco de nuestras propagandas en la calle, que en esta materia son ciertamente menos abundantes que en otras y me parece que de menor importancia, aunque hayan sido durante muchos años, por decirlo así, las ideas de choque de los programas de los partidos.

Me figuro -el Sr. Guallar me lo sugirió por un rebote de ideas- que el momento será de gran emoción liberal para muchos miembros de esta Cámara y de honda emoción histórica para muchos espíritus que por sus actividades han estado siempre bien atentos a las íntimas palpitaciones de España, a lo largo de su existencia histórica.

Hemos vivido, ha vivido la institución matrimonial durante catorce siglos, bajo el principio de la sacramentalidad, que era tanto como entregar íntegramente a lo confesional la jurisdicción sobre ésta materia. Nuestros civilistas no se han preocupado de estructurar nítidamente el matrimonio civil; su técnica estaba basada íntegramente sobre la legisla

ción tridentina y modernamente sobre el Codex, con tal desprestigio para ella misma, que no ha sabido defenderse de despectivos calificativos, por ejemplo, en de concubinato. Y esto ahora es la rehabilitación del matrimonio civil, es, además, encararse con lo que fué, con lo que fué mientras el mundo se empapaba de tendencias secularizadoras; mientras Lutero en su libro "Die Erech" atribuía al Estado la jurisdicción del matrimonio al afirmar el carácter temporal y carente de sacramentalidad del mismo, y la teoría protestante era recogida por los realistas de los siglos XVI, XVII y XVIII, especialmente en Francia y Austria, con los sistemas Galicano y Josefino, respectivamente, aunque es de justicia resaltar en esta fugaz visión el nombre de Melchor Cano, jurista y teólogo, que en el Siglo XVI daba base a los realistas al separar el contrato del sacramento y atribuir al sacerdote la condición de ministro del sacramento, siendo la consecuencia el asignar al Estado la Jurisdicción matrimonial en lo que a los efectos civiles se refería.

Es incuestionable que al Estado le incumbe la regulación jurídica del matrimonio y de sus naturales consecuencias. Hay en él, no solamente un destino del individuo, sino también una alta misión social que no se puede abandonar a otra potestad y dejar tampoco al libre juego de la voluntad individual, sin que el Estado haga acto de presencia de una forma bien ostensible, bajo una fuerte base ética, abrazando con sus normas toda la institución, sin cortapisas y sin desfallecimientos. Por todo eso no podrán prevalecer en la legislación las tendencias reformistas del matrimonio, que se orientan desde distintos planos y esferas: amor libre, matrimonio a plazo, matrimonio a prueba, matrimonio polígamo para el cultivo de la raza. Y si al Estado le interesa el matrimonio, ha de regularlo, claro está; con toda seriedad, sobre todo en su ramificación más interesante; en todo aquello que se refiere al divorcio. Debe haber un afán de ponderación entre estas dos fuerzas que son ya clásicas entre los tratadistas y que informan el principio de debe presidir

el problema del divorcio: Al Estado le compete, en todo lo posible, dificultar el divorcio, pero no le interesa sostener los matrimonios falsos, nada firmes y carentes de valor social.

El proyecto español redactado por la Comisión Asesora jurídica, presidida entonces por el admirado Sr. Sánchez Román, y mereciendo los ponentes en el seno de la misma, los Sres. Díez Pastor y Gómez Piñan, toda clase de elogios, porque dentro de sus concepciones han hecho una de las leyes mejor logradas de la legislación comparada, aunque yo me atrevo a abogar por alguna modificación substancial, está basado fundamentalmente en el divorcio-sanción, en el concepto de la culpa, o bien en una necesidad evidente o un mal grave. Y las correcciones hechas por la Comisión Parlamentaria no han herido el espíritu del proyecto, aunque sugieran algún comentario.

Es un proyecto restrictivo, porque las causas de divorcio son tasativas, y no por vía de ejemplo, aunque se digera otra cosa en el preámbulo, y porque no se admite el hecho de la perturbación objetiva, porque no se emparejan debidamente a la confesión de la culpa el remedio a una situación insostenible y sobre la cual pudiera crear la jurisprudencia un ancho campo. A este respecto, es interesante citar el estado del problema en Alemania, por ser sus juristas los que hoy, con más éxito, dan pautas y marcan orientaciones. Allí no hay nadie que defienda, con toda seriedad, el retorno del derecho del divorcio en un sentido eclesiástico, pero tampoco hay nadie que pretenda volchevizar el matrimonio. Todos los intentos de reforma se orientan en una dirección razonable. En el año 1919, el Dr. Herhard gritaba: "Es necesario un nuevo derecho de divorcio", y proclamaba, como esencial, la introducción de una nueva causa: el hecho de la perturbación objetiva. El matrimonio -decía- debe ser disuelto cuando el juez tiene la convicción de que, objetivamente considerado, es falso e insostenible. Y el 30 de junio de

1930 publicaba la prensa la noticia de que el Ministro de Justicia tenía redactado un Proyecto de ley modificando en este sentido la legislación sobre el divorcio, proyecto que no ha llegado a discutirse por la oposición del partido del Centro, confesional y árbitro de la política alemana.

Como un resultado de lo proclamado en la ley fundamental es el divorcio por mutuo disenso, y la causa del adulterio inspirada en el principio de igualdad de sexo, que supone un gran avace respecto de su similar del Código Civil, siendo de lamentar que se haya olvidado el precepto constitucional en los artículos del proyecto de reforma del Código penal que se refieren al adulterio. Está regulada ésta última causa, ciertamente, a mi juicio, bajo el supuesto de que no pueda existir una presunción jurídica de perdón al ser el adulterio no consentido o no facilitado. Es aceptado, técnicamente, el desdoblamiento que se hace del abandono en abandono, culpable, del cónyuge y desamparo de la familia.

En la causa octava, "violación grave de los deberes matrimoniales", la Comisión parlamentaria ha suprimido las palabras "inmoral o deshonrosa", pretendiendo con ello, sin duda, dar una mayor elasticidad, un campo mas extenso a los motivos del divorcio. Ha sentido, instintivamente, la inquietud de hacer inacatables exclusivamente, si no aquellas situaciones asentadas sobre cimientos verdaderamente firmes, abriendo las puertas de la institución a motivos que pudieran llenar los ámbitos de la concepción del remedio; pero, a mi entender, ha equivocado el camino para llegar a tal meta, y lo que ha hecho únicamente es desdibujar una causa típica existente en todas las legislaciones, sin dar entrada, de una forma rotunda, ni mucho menos, al hecho de la perturbación objetiva, que se puede y se debe conseguir, por ejemplo, trasladando la causa tercera de la separación de personas a las causas de divorcio. De esta manera se daría una gran flexibilidad, una mayor holgura a los motivos del divorcio, y la Comisión podría luego, con toda

clase de justificaciones, hacer el frente cerrado ante la invasión de posibles enmiendas que vendrían a desarticular el tecnicismo de la ley, y podría todavía llegar a mas, hasta simplificar las existentes (Muy bien).

El Estado, he insinuado anteriormente, debe dar cauces adecuados a la resolución de todos los casos infelices, de todos los matrimonios que carezcan de veracidad, debe ser amplio y generoso en las causas de divorcio; pero, al mismo tiempo, está obligado a velar por la institución matrimonial, por la misión social que ella desempeña, y en este sentido es necesario que aparezca la faz conservadora del Estado tomando toda clase de precauciones y garantías. De ahí, a mi juicio el fundamento de la incapacidad para contraer matrimonio, establecida en el primitivo proyecto, del cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa 3ª y del cónyuge que hubiese sido declarado culpable dos veces en proceso de divorcio. Pues bien, éstas medidas prohibitivas han desaparecido del dictamen, y yo pregunto: ¿Es que el que intenta prostituir a su mujer o a sus hijas no atenta no solamente contra la familia, sino contra las personas, y el derecho no debe crear para él una incapacidad para contraer matrimonio como las que se crean en otras situaciones jurídicas?

En lo jurídico hay siempre una estrecha relación entre la actitud del sujeto y el acto, y ello, no por capricho de los juristas, sino por razones muy hondas.

Por otra parte, el Estado y la sociedad no pueden presenciar impasiblemente el crecimiento pavoroso de las estadísticas de divorcio por un afán inmoderado de abusar de él, por una perversión íntima. ¿Amplitud de causas? Sí; pero también discreción. El artículo 32, tomado casi literalmente de la legislación francesa, crea la preocupación de que su contenido conducirá a la prisión por deuda, aún reconociendo la importancia de la obligación que trata

de garantizar, y acaso fuera más eficaz construir el principio de la insolvencia sobre los signos externos de vida.

El procedimiento tiene todo el interés de un ensayo. Se establece por vez primera la instancia única suponiendo una mayor rapidez y baratura respecto del juicio ordinario de mayor cuantía, que es el que en nuestra legislación procesal sirve para tramitar todo lo concerniente al Estado y condición de las personas, y son aciertos dignos de subrayar, el examen del juez por medio de juicio de su propia competencia; la forma de plantear la reconvención; lo relativo a la concesión y al allanamiento de la demanda; la declaración de que el Ministerio fiscal será parte en el juicio y sus incidencia y el procedimiento especial del mutuo disenso inspirado en la ley cubana. En cada uno de estos aciertos hay precauciones y garantías de diversa índole muy para tenerse en cuenta.

Sres. Diputados: el Derecho de los países de Europa en lo relativo al Divorcio estaba representado por una serie de matices que iban desde España hasta Rusia como polos opuestos; de aquí en adelante la España de hoy no es, no debe ser ni Rusia, ni la España de ayer (Aplausos)" (230).

---

(230) Intervención del Sr. Ruiz de Villa en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3589-3591.

5.1.4. El siguiente orador en este debate de totalidad del Proyecto de ley de divorcio es el Dr. Juarros, que señala algunas objeciones al proyecto de ley de divorcio y aduce algunos puntos de vista que, en su opinión, deben incorporarse al proyecto de ley de divorcio:

Una primera objeción es, a decir del Dr. Juarros, el ser un proyecto de ley fundado en el estado actual de la sociedad, cuando debía estar basado en la idea de ser un proyecto de ley para nuevas fórmulas sociales, ya próximas, poniendo un ejemplo de este aspecto:

"... Breves y concretas palabras para aducir modestos puntos de vista, que creo deben incorporarse al proyecto de ley de divorcio. Su falta representaría una serie de graves defectos concatenados.

En primer término, observase el defecto primordial de estar escrito pensando en la sociedad actual. Error considerable, pues dentro de poco tiempo será necesario renovarlo.

Un ejemplo: Dice la causa 12 del artículo 2º, capítulo 1º: "No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa (enajenación mental) si no queda asegurada la asistencia del demente". Escaso estudio del problema, pues si en una familia pobre hay un loco, al no conceder el divorcio, la mujer seguirá obligatoriamente unida al enfermo, para evitar que éste pueda quedar desatendido si se admite el divorcio.

En un próximo régimen social, los locos pobres tendrán garantizada su asistencia y su tratamiento. No se puede condenar a una mujer a soportar la carga del trabajo y la existencia en común con un loco. Es necesario conseguir que, en lo sucesivo, España disponga de medios suficientes para que todos los locos sean asistidos; si son pobres, a cuenta del Estado. He aquí un aspecto interesante" (231).



Un segundo defecto es que el proyecto, en que se atiende exclusivamente a lo individual y se descuida lo social, carece de espiritualidad, peca de excesivamente materializado, de excesivamente egoista, de ahí que de tan poca importancia a lo que llaman los alemanes "falta de comunidad espiritual": Para el Sr. Juarros, al igual que para los Sres. Vidarte y Ruiz de Villa, es necesario declarar que cuando dos personas han roto los lazos espirituales que les unían, esto debe bastar para divorciarse:

"... Segundo defecto: en el proyecto se atiende excesivamente a lo individual y se descuida lo social, dando por olvidado que la suma de psicologías individuales no es igual a la psicología social. La psicología social es totalmente diferente de la suma de factores individuales.

En toda lucha de la masa contra una cultura envejecida -que eso y no otra cosa son las revoluciones- existe una fase de espiritualidad, durante la cual ésta representa el alma y la norma revolucionaria. El proyecto que apostillamos carece de espiritualidad, peca de excesivamente materializado, de excesivamente egoista. Por eso da tan poca importancia a lo que llaman los alemanes "falta de comunidad espiritual". Es necesario tener la valentía de declarar que cuando dos personas han roto los lazos espirituales que les unían, esto debe bastar para divorciarse. En el proyecto, la causa octava constituye un desconcertado patinar, una cosa anfibia, sin decidirse en un sentido o en otro. Reconozcamos sinceramente que la nueva moral, cuya aurora estamos presenciando, exigirá que no se obligue a vivir unidas a dos personas cuyos espíritus están ya divorciados (Muy bien). Precisa, pues, otorgar un carácter de mayor espiritualidad al tono general del proyecto" (232).

Una tercera falta es que se valora en exceso el acto sexual, desde el punto de vista individualista, y no se valora igualmente desde el social, y así se habla de inocencia o culpabilidad como criterio determinante de la custodia de los hijos

atendiendo más a la conveniencia del individuo que a la actitud o carencia para criar y educar hijos:

"... Otra falta: Se valora en exceso el acto sexual, desde el punto de vista individualista, y no se valora igualmente desde el social. En esto, sin que haya en mis palabras ánimo de ofender a la Comisión, adopta actitudes semejantes a la intransigencia clerical frente al problema, atendiendo mas a la conveniencia del individuo que al interés de la sociedad. Por eso se puede leer en el proyecto el anómalo artículo 15, donde se dice que, a falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Considerable extravío, pues puede ocurrir que una adúltera resulte excelente madre. Las madres van muchas veces al adulterio por culpa del marido, y es a éste marido que condujo a la mujer al adulterio por haberse portado mal con ella, a quien han de entregarse los hijos. Es indispensable, Sres. Diputados, hablar lealmente: Una mujer puede ser infiel y madre excelentísima. No hay porqué hablar de inocencia o culpabilidad, sino de actitud o de carencia de ella para criar y educar hijos. Existen esposas de rígida e inflexible virtud que nunca supieron ni sabrán educar a sus hijos. Pensar que una resistencia más o menos afortunada a los desmanes del instinto representa un marchamo de actitud maternal, encarna grave error" (233).

La necesidad de acabar con un tipo gentilicio de familia, introduciendo la noción de un matriarcado sensato y discreto en que vaya teniendo la mujer un predominio en la educación de los hijos, es otro matiz que debe incorporarse al proyecto:

"... Otro matiz interesante en los pueblos pequeños: predomina el tipo gentilicio, siendo las familias base del caciquismo. Si queremos ir derecha y francamente contra el caciquismo -cosa de evidente necesidad, puesto que los males de España siguen radicando en la supervivencia de los caciques- es necesario acabar con éste tipo gentilicio, introduciendo,

incrustrando la noción de un matrimonio sensato y discreto. Se ha conseguido ya dar a la mujer el voto; es necesario que la mujer vaya teniendo un predominio de sus hijos que aun hoy se le niega" (234).

Aparte de que existe en el proyecto una falta de orientación técnica extraordinaria, no comprende el Dr. Juarros cómo se consigna en el mismo como causa de divorcio la impotencia masculina y se omite la frigidez femenina además en la cobardía de no consignar que las perversiones sexuales deben ser causa de divorcio siendo así que toda ley de divorcio ha de atender fundamentalmente al problema grave de la erótica matrimonial:

"... Existe en el proyecto una falta de orientación técnica extraordinaria. Así, se emplea un término tan feo e impreciso como el de impotencia prematura. Término totalmente recusable. Se me rechazó aquí, no hace mucho, la palabra adolescente por estimarse pedante. Lo de impotencia prematura es más inadecuado; por ello, no debía subsistir; en primer lugar, porque es aventurado hablar de impotencias prematuras; probablemente todas lo son (Risas), y, además, porque al afirmar que ha de ser aparecida después del matrimonio, revela un descubrimiento absoluto del hecho de haber hombres que, siendo anafrodisíacos, disimulan y fingen para ocultar esa debilidad y se casan, pudiendo probar, con un poco de habilidad, que el defecto apareció después de contraídas las nupcias. Yo estimó más motivo de divorcio el hecho de que un hombre sin energía suficiente se case, que el de que haya adquirido el padecimiento después de casado (El Sr. Gomáriz: Esa es una causa de nulidad). Hablo de la impotencia parcial o incompleta.

Otros lapsus: se consignar la impotencia masculina y se omite la frigidez femenina. La impotencia femenina debe ser tan motivo de divorcio como la masculina. Se incurre además en la cobardía de no consignar que las perversiones sexuales deben ser causa de divorcio. Existe una cantidad enorme de pobres mujeres a quienes sus maridos deben ser

las hacen objeto de repugnantes vejaciones antifisiológicas. Y eso debe ser tan causa de divorcio como la anafrodisia. ¿Por qué no se ha dicho? (El Sr. Villanueva: Eso está ya en la causa 8ª a que hace referencia el artículo 2º del proyecto, cuando habla de la violación grave de algunos de los deberes del matrimonio). Dicho con tal obscuridad que no podrá plantearse nunca el problema diáfananamente. Por deberes del matrimonio entiende la gente otra cosa.

Hay que decir claramente que debe ser causa de divorcio todo comportamiento o toda reacción psicopática que se oponga a la satisfacción lógica y natural del instinto. Mientras no se diga así, lo otro será un motivo mas de pleito y malos trances para los peritos. Por incumplimiento de los deberes matrimoniales no entenderá nadie la presencia de una aberración" (235).

Una última objeción al proyecto es que incluye un número enorme de causas de divorcio, y como siempre que se quiere llevar un criterio analítico y detallista a la ley se omite algo, y así no se considera como causa de divorcio la embriaguez habitual; en definitiva, para el Dr. Juarros el proyecto debe tener un criterio más sintético:

"... Se han incluidos un número enorme de causas de divorcio, y como siempre que se quiere llevar un criterio analítico y detallista a la ley se omite algo, aquí se ha omitido cosa tan interesante como la embriaguez habitual. ¿Es posible que no se considere como causa de divorcio la embriaguez habitual? (El Sr. Villanueva: Hay un voto particular que lo dice.- El Sr. Castrillo: Está hablando del dictamen). No me refiero al voto particular. Aun cuando me felicito de la interrupción, porque contribuye a animar un poco la escena (Risas). Hablaba del dictamen. Hay en él grandes descuidos como, por ejemplo, el que aparece en el artículo 4º, capítulo 2º, donde dice: "El divorcio, mediante causas lógicas, sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente,

cualquiera que sea su edad". ¿Hay manera de saber, antes de que se falle un divorcio, quién es el cónyuge inocente?. En muchos casos, aun después de fallado no se sabrá. Si se sabe quién es el inocente, sobrarán la mayoría de los trámites.

En esto del inocente y del culpable, estamos otra vez en la clásica discusión de la responsabilidad. Pueden ser inocentes los dos. Un enfermo no es culpable de su dolencia. Rehusamos el tema para eludir la eterna discusión entre psiquiatras y juristas acerca del concepto del libre albedrío" (236).

Terminando su discurso, el Dr. Juarros resume las objeciones fundamentales que pretendía hacer al proyecto:

"... Estas son las objeciones fundamentales que pretendía hacer al proyecto, además de las contenidas en enmiendas que tengo presentadas. En suma, el proyecto debe tener un carácter más espiritual, una base más médica y un criterio más sintético y, sobre todo, estar basado en la idea de que es un proyecto de ley para nuevas fórmulas sociales, ya próximas; no un proyecto de ley fundado en el estado actual de la sociedad, que por atravesar una fase evolutiva no admite sino avances. En el momento presente tiene ya las deficiencias señaladas: falta de asesoramiento médico, falta de espiritualidad y falta de valor para declarar que en toda ley de divorcio ha de atenderse fundamentalmente al problema, hondo, grave y quizá único, de la erótica matrimonial. En un porvenir próximo resultará dañino y anacrónico" (237).

---

(231) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

(232) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

(233) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

(234) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio:  
Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

(235) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio:  
Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

(236) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio:  
Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

(237) Intervención del Dr. Juarros en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio:  
Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3591-3592.

5.1.5. Es el Sr. Leizaola quien cierra este debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio.

La defensa que el Sr. Leizaola hace del principio de indisolubilidad del matrimonio, aun siendo católico y estando adherido a una doctrina que en este punto no admite duda de ningún género, no tiene un origen religioso, sino que, buscando un criterio de objetividad, defiende las notas de unidad e indisolubilidad del matrimonio simplemente desde el punto de vista del Derecho natural y de las consecuencias sociales derivadas de la implantación del divorcio en los países en que dicha institución tiene aplicación.

Según el Sr. Leizaola, cuatro órdenes de perturbaciones sociales se pueden estudiar como posibles consecuencias del divorcio o de la disolubilidad del vínculo: en primer lugar, los suicidios: acerca de la incidencia del divorcio en el suicidio, los argumentos que aduce el Sr. Leizaola, con iguales datos e idénticas cifras, son los que ya expusiera en su intervención cuando se debatía la totalidad del proyecto de Constitución; está además la perturbación social que supone la incidencia del divorcio sobre la criminalidad general: para el Sr. Leizaola, los datos referentes a la criminalidad son elocuentes si se comparan las estadísticas que no tienen establecido, aumentando en aquéllos la criminalidad y disminuyendo en éstos; la criminalidad de los menores delincuentes es un tercer factor de perturbación social en que se incide la institución del divorcio: examinando los efectos que produce con relación a la delincuencia de los menores la institución del divorcio, si aumenta o disminuye la delincuencia de los menores con la institución del divorcio, resulta, según el Sr. Leizaola, que, de las estadísticas completas acerca de la delincuencia de los menores, también en este punto de la delincuencia juvenil, desde el punto de vista de la sociología y de la experiencia objetiva, hay un grandísimo aumento de criminalidad en las naciones en que está admitida la institución del divorcio, y la razón es que los hijos que ven en su propia casa que el desorden de uno de los

padres lleva a la separación de cuerpos, pero deja incapacitado al otro para volver a contraer matrimonio, observan de un modo experimental, de un modo ejemplar, de una manera permanente, los efectos de la santidad de la ley, tiene un ejemplo, una imagen viva de que a un desorden ha seguido una sanción, que la sociedad no ha consentido que el desorden prevalezca, y la convivencia de la eficacia de esa ley en el interés del hogar la extienden a la eficacia de todas las leyes, y resulta que esos hogares desgraciados, muy a menudo, cuando se ha impuesto la sanción de la separación de cuerpos, se dan los mejores ejemplos de respeto a la ley por los vástagos de esos cónyuges; un último orden de perturbación social es la criminalidad de los cónyuges: en este punto, más que demostrar la inocencia del divorcio en el aumento de la criminalidad en los cónyuges, el Sr. Leizaola, con un ejemplo, quizá desafortunado -un suceso aislado no puede ser indicio de una situación social-, intenta llevar al ánimo de la Cámara el error que supone la creencia manifestada por los defensores del divorcio de ser esta institución jurídica la panacea que hace la felicidad de los cónyuges.

La conclusión del Sr. Leizaola es que, no ya por motivos religiosos, sino por exigencias sociales, es necesario mantener los principios de unidad e indisolubilidad del matrimonio:

"... Sres. Diputados, parecíame necesario, puesto que no he de intervenir en la discusión del articulado de este proyecto de Divorcio, al cual no daría nunca mi voto, hacerlo en la totalidad para exponer unas razones que no son las que aquí se han dicho, que no tienen ningún origen religioso y que son muy dignas de ser estimadas o, por lo menos, de ser atendidas, y que deberían, además, obligar a la Comisión, y a la Cámara entera a reflexionar y a estudiar en forma los efectos de las iniciativas ya sancionadas en la Constitución, y que se tratan de desarrollar en este proyecto de ley, antes de llevarlo a la práctica.

En primer término, he de rechazar la alusión constante-



mente hecha en este recinto a la posición de los defensores de la unidad e indisolubilidad del matrimonio. Aquí se nos presenta a todos los que defendemos estas dos notas del matrimonio, como derivándolas de una idea religiosa, y aunque es cierto, efectivamente, que yo me adhiero plenamente a todas las enseñanzas de la Iglesia Católica acerca del matrimonio y a todas las leyes por ella establecidas en relación al matrimonio, esto no quiere decir que yo deba dejar pasar una afirmación que no se ajusta a la realidad de las cosas y que en aquello en que representa la acción efectiva de la Iglesia católica, no viene a constituir sino una de sus mayores glorias. Pero dejemos esto, cuya exposición, como no sea para hacer una declaración de fe desde el punto de vista religioso, no la considero indispensable en este debate legislativo, ya que no me cabe duda de la opinión de la Cámara, en su inmensa mayoría.

El matrimonio ha venido siendo y debe seguir siéndolo uno e indisoluble, aun hecha abstracción del aspecto religioso, simplemente, desde el punto de vista del Derecho natural. Es cierto que hoy, desde las doctrinas de la filosofía alemana posteriores a la Revolución, se niega la existencia del Derecho natural; es cierto que, además, por esa negación del Derecho natural, todos los juristas andan perdidos a la busca de una razón objetiva del Derecho y apelando a la lucha, al "logos" de la razón y a una serie de cosas incomprensibles, porque no las comprenden ni sus propios autores, tratan de buscar razones objetivas o filosóficas del Derecho, sin poderlas encontrar. El Derecho tiene una razón, que es la naturaleza humana, y por esto la Iglesia católica, no como concepto propio, sino heredándolo del Derecho romano pagano, ha admitido el principio de la existencia del Derecho natural y el de la existencia de la Ley natural y ha desarrollado principios jurídicos que un terreno absolutamente humano, independiente de todo dogma, se pueden y deben defender. Por eso se puede defender que el matrimonio debe revestir las dos características de unidad e indisolubilidad.

No voy a hablar ahora de que el Derecho natural es anterior al momento en que los doctores de la Iglesia entrasen a ocuparse de él, ni que fue definido por aquello de "lo que la Naturaleza enseña a todos los animales", aunque nunca tendría mejor aplicación esta definición del contenido del Derecho natural y de la ley natural que en el caso presente, ya que si al fin y al cabo tiene un conjunto de finalidades el matrimonio que abarca toda la naturaleza y desarrollo de la vida humana, sin embargo, hay en el fondo de ellas como un acto importantísimo, algo que a la naturaleza humana le hace compartir la naturaleza con la animal. De modo que aquí se podría plantear, con independencia de toda cuestión religiosa, la defensa de los dos principios: unidad e indisolubilidad del matrimonio y desarrollar toda la teoría en virtud de la cual este proyecto debe ajustarse, en cuanto sea posible, para no dejar de ser aplicación de la Constitución, a la defensa de ese principio natural.

¿Por qué al tratar de regularse el matrimonio y su disolución es preciso defender en lo posible que el matrimonio conserve dos notas de unidad e indisolubilidad?. Sencillamente, por la necesidad de una regla objetiva, que ésta es la condición del Derecho; desde el subjetivismo absoluto, desde el individualismo absoluto, cuya expresión única es la anarquía, expresión única que yo encontraría definida en palabras que aquí han sido pronunciadas anteriormente por el Sr. Vidarte, y en virtud de la cual, aplicando el criterio que él entendía aplicable a la disolución de una sociedad como es la matrimonial, extendería yo las consecuencias a la disolución de todas las sociedades, incluso a las políticas o del Estado, resultando que lo que deberíamos estudiar, con relación al matrimonio, es por qué la unidad e indisolubilidad han de ser defendidas en cuanto a ellas y sólo ellas aseguran aquellos efectos sociales que en el matrimonio se deben defender, al modo que es evidente que la existencia de la autoridad en el Estado no es defendible ni debe ser defendida de ninguna manera si no en cuanto

atiende a la prosperidad general, al orden, la justicia y la paz. Es decir, que el único problema a examinar aquí es saber si el orden, el progreso y la paz social están defendidos, en cuanto a la institución matrimonial, mediante la conservación de las dos notas de unidad e indisolubilidad o si prescindiendo de estas notas pueden ser defendidos ese orden, esa paz, esa disciplina social.

Y en este punto particular, Sres. Diputados, es evidente, por eso estamos en el siglo XX, que no se puede venir con deducciones, que lo que hace falta es examinar los hechos concretos, los fenómenos sociales; estamos en el siglo del positivismo; es preciso saber qué dicen los sociólogos positivistas acerca de lo que es el matrimonio y el divorcio en cuanto a estas finalidades características, esenciales en toda sociedad, lo mismo en la matrimonial que en la familias, la municipal, la política y la internacional. Y esto propuse yo cuando combatí en su totalidad y el proyecto de Constitución, como una de las cosas que habían de ser desarrolladas aquí. Porque, Sres. Diputados, ¿no será un grave caso de responsabilidad que, sin haber examinado las consecuencias sociales de las medidas que se vayan a adoptar, se vaya a producir un estado de disolución social evidente en los pueblos en que se hayan de aplicar estas leyes? ¿No será una responsabilidad para todos nosotros no haber estudiado, no haber examinado siquiera las consecuencias de esta disposición legislativa? No podremos alegar ignorancia si, como sucede en este caso, podemos realizar estas observaciones de experiencia en casa ajena, acerca de las cuales son las consecuencias, en orden a la paz y al progreso de las sociedades, de la institución del divorcio. Nada nos podrá librar de responsabilidad, y, por lo que a mí afecta, voy a comenzar esta labor modestamente y expondré, no como especialista en la materia, sino obligado por esa responsabilidad, los datos que he podido recoger en la experiencia social de otros países.

Y de la experiencia social de los demás países, para estudiar aquellos que viven dentro de los pueblos civilizados resulta que en Europa sólo un gran país conserva todavía en cuanto a los efectos civiles, las notas de unidad e indisolubilidad del matrimonio; ese único país es Italia. Frente a las contingencias sociales del mantenimiento de la unidad y la indisolubilidad del matrimonio en Italia, podemos estudiar las consecuencias derivadas de la existencia del divorcio en distintos países, donde, con mayor o menor margen de libertad, existe en España y América. No me voy a extender leyendo las respectivas estadísticas ni siquiera las he traído; sólo os citaré aquellos datos que tengo perfectamente grabados en la imaginación y que estoy seguro de no haberlo adquirido equívocamente.

Cuatro órdenes de perturbaciones social se pueden estudiar para atenernos a hechos objetivos, como posibles consecuencias del divorcio o de la disolubilidad del matrimonio; estos cuatro órdenes de perturbación social son los suicidios, la criminalidad general, la criminalidad en los menores delincuentes y la criminalidad de los cónyuges. Si la institución del divorcio resultase que en esos cuatro órdenes de perturbación social fomentaba las causas de que se produzca gran número de hechos delictivos, incluso los suicidios, sería evidente que la sociología positiva, la experiencia social, condenaban la institución del divorcio.

Pues bien: he de advertir que la criminología positiva, muy floreciente en tiempos de la escuela penalista italiana, no se por qué, acaso porque sus resultados representen una censura contra las tendencias legislativas de los últimos tiempos, está muy abandonada. Cuando el Sr. Jiménez de Asúa prolongaba el libro de Parmelee, hace 6 años, comenzaba la introducción con estas palabras: "Hace 20 años que no se publican en Europa tratados de criminología. En cambio, estos estudios se hallan en período de florecimiento en los Estados Unidos. De ahí el interés que despierta conocer

el tratado de criminología de Parmelee".

En este afán de esquivar el resultado de la experiencia social, en la cual se refleja la buena o la equivocada marcha de la legislación de los pueblos europeos, yo veo algo parecido a lo que supone la frase tan conocida de: "Arrojar la cara importa, que el espejo no hay por qué".

En este caso, el hecho de haberse abandonado los estudios de criminología quizás responda a la voluntad de romper el espejo, porque la faz reflejada en él no satisface la propia y voluntaria inclinación.

Reconstituyendo yo este espejo con estadísticas oficiales, al hablar en la totalidad del proyecto de Constitución, citaba las de Bertillon, según las cuales, los países en donde es muy frecuente el divorcio padecen una cantidad de suicidios en proporción muchísimo más alta que aquellos en que la frecuencia de divorcios es media, y, a su vez, éstos la sufren más alta que aquellos en que es nula. Resultados son éstos de sociología positiva indispensables, eficacísimos para determinar las consecuencias de esta clase de reformas. Yo con respecto a estas estadísticas, puedo manifestar que, mientras España tiene aún hoy 70 casos de suicidio por año por cada millón de habitantes, los países de divorcio frecuente, de frecuente separación de vínculo, cuentan con más de 251 casos de suicidio por cada millón de habitantes al año. Y, aplicando ese porcentaje al caso de España, yo señalaba entonces que la adopción de esta reforma suponía tal cantidad de cadáveres que bien valía la pena de meditar antes de lanzarse, de una manera decidida, por ese camino.

Por cierto que a esto no se me ha contestado. Únicamente en alguna interrupción se me ha ofrecido hablar de esas estadísticas; pero el hecho es que llegamos a la reglamentación del divorcio sin que nadie haya tratado de esto (El Sr. Alvarez Angulo: Además, ese mismo argumento, con iguales

datos e idénticas cifras, adujo S.S. al discutirse la Constitución.- Un Sr. Diputado: Ya ha empezado diciéndolo).

Además de la perturbación que supone el suicidio, hay otra bien importante, que es la de la criminalidad. Los datos referentes a la criminalidad son tan elocuentes que se da el caso de que, mientras, desde el año trece al veinte, Francia, nación que tiene admitido el divorcio, y lo practica, ha tenido un aumento de criminalidad de un cuarente por ciento, a tal punto que, desde 13.000 delincuentes que tenía en 1913, ha llegado a 20.000 en 1920, Italia, la otra nación europea que os señalaba, como la única que en el concierto de las naciones civilizadas no tiene establecido el divorcio vincular, en ese mismo tiempo ha visto disminuida su criminalidad en un trece por ciento (Rumores). A pesar de todo, Sres. Diputados, porque ése es el valor de las estadísticas, las cuales reflejan fríamente las consecuencias de los hechos dan lugar a proyectos como este del divorcio ... (Rumores y protestas). Así lo dice Perlemee, cuya traducción ha sido patrocinada por el Sr. Jiménez de Asúa, y que no puede negar que es la obra más moderna de criminología, según palabras del propio Sr. Jiménez Asúa, pues en Europa están muy abandonados estos estudios. Pues bien: si la criminalidad general se observa que, con la institución del divorcio, aumenta, había, sin embargo, dos cosas particulares interesantes de perturbación de carácter social, que era preciso examinar con relación al divorcio, ¿qué efectos produce con relación a la delincuencia de los menores? ¿Aumenta o disminuye la delincuencia de los menores con la institución del divorcio?. Los autores, cuando han hablado preescindiendo de estadísticas, al llegar a este punto han discurrido a menudo en contra de la tesis que yo mantengo. En la "Rivista Penale" se puede leer un artículo de Ordine en que, examinando este punto de vista del divorcio en relación con la criminalidad juvenil, dice que la prohibición del divorcio produce aumento de esa criminalidad en los menores, en razón a que los esposos, que están divorcia-

dos en espíritu, que no se comprenden, que viven en plena divergencia, dan el ejemplo de sus escándalos y disensiones ante sus hijos, y éstos ven el mal ejemplo en su casa y se sienten inclinados a la criminalidad. Esto dicen aquellos que no miran el hecho objetivo, sino, como hacía el Sr. Rey Mora al interrumpirme, al caso simplemente simbólico, al caso representativo. Pero la realidad no es ésta.

Yo he hecho grandes esfuerzos para obtener estadísticas completas acerca de la delincuencia de los menores, que es en materia de criminalidad el tema más interesante, porque está perfectamente demostrado por la criminología, que el delincuente precoz es casi siempre reincidente y que el número de delincuentes reincidentes es proporcionalmente elevadísimo, de cinco o seis veces más que el de los delincuentes no reincidentes (en relación a la proporción del número de reincidentes), y resulta de dichas estadísticas que también en este punto de la delincuencia juvenil, desde el punto de vista de la sociología y de la experiencia objetiva, hay un grandísimo aumento de criminalidad en las naciones en que está admitida la institución del divorcio. Y la razón clara de ello es la misma que viene a proponer cuando rechazaba la tesis del Sr. Vidarte, según la cual es preciso dejar que el vínculo matrimonial no resida, no radique más que en el sentimiento. Y la razón es (cuántos y cuántos la conocen por experiencia) que los hijos que ven en su propia casa que el desorden de unos de los padres lleva a la separación de cuerpos, pero deja incapacitado al otro para volver a contraer matrimonio, observan de un modo experimental, de un modo ejemplar, de una manera permanente, los efectos de la santidad de la ley, tienen un ejemplo, una imagen viva de que a un desorden ha seguido una sanción, que la sociedad no ha consentido que el desorden prevalezca, y la convicción de la eficacia de esa ley en el interior del hogar la extienden a la eficacia de todas las leyes, y resulta que en esos hogares desgraciados, muy a menudo, cuando se ha impuesto la sanción de la separación

de cuerpos, se dan los mejores ejemplos de respeto a la ley por los vástagos de esos cónyuges. Y si no, no tenéis más que tener en cuenta el hecho de que en aquellas familias en que la disolución y el castigo son puramente fortuitos, cuando esos cónyuges, golpeados por la desgracia en la viudedad, siguen dando el buen ejemplo de cumplimiento de sus deberes, surgen allí, corrientemente, los mejores ejemplar de gentes disciplinadas y perfectamente conscientes, que aceptan de una manera libre, voluntaria, espontánea, todas las consecuencias de las demás disciplinas sociales. No tengáis cuidado, no, de que donde en la familia se vean las consecuencias de la disciplina social aplicada a esta misma institución del matrimonio, salgan ejemplares de rebeldía de la disciplina social.

Y queda el cuarto caso. Se creería acaso que ya no sea buena la institución del divorcio para la sociedad en general ni reflejada en el número de suicidios ni en el aumento de la criminalidad total; ya que no sea buena siquiera para los vástagos de las familias, reflejada en la criminalidad juvenil, sería buena quizá para disminuir el número de cónyuges delincuentes. Parecería que la incompatibilidad de caracteres o las faltas de un cónyuge respecto del otro conduciría al aumento de la criminalidad en donde el divorcio no se halle establecido; y, sin embargo, también en este punto la sociología positiva demuestra que los defensores del divorcio se equivocan, profesan un gravísimo error. Y, ¿por qué? Yo leía hace poco, cuando estaba ocupado en estos estudios, una noticia en los periódicos franceses. La noticia era un crimen entre cónyuges. Ambos cónyuges trabajadores: él en su oficina; ella también en su oficina. Convivían escasamente las horas de la noche y las horas de la comida, hecha ésta fuera también del hogar, en un restaurán, en un sitio próximo al lugar de trabajo. Por una cosa absolutamente nimia, sin motivo alguno, resultaba que la mujer había asesinado al marido (El Sr. Pérez Madrigal Eso es del Caballero Audaz). Eso ha sucedido en París hace



menos de dos meses (El Sr. Pérez Madrigal: Lo ha reproducido) Puede ser. Se trata de Francia, un país que tiene establecido el divorcio, en el cual, por lo tanto, puesto que existe la posibilidad de divorciarse, la felicidad de los cónyuges debería ser perfecta y absoluta; no debería haber jamás casos de crímenes entre cónyuges. Pues el comentario del periódico era el siguiente: "Ya hoy eso de que en todos los hogares haya una pistola a nadie llama la atención; lo único que hay que averiguar es quién la usará contra quién". Es decir, que en Francia, en un país con divorcio, eso de que los cónyuges queden liberados, eso de que se hace su felicidad porque pueden divorciarse cuando les convenga, es un verdadero mito. Y ¿continuará ese prejuicio, ese gran error, ese fundamental error de que el divorcio solucio-ne ninguna situación desde el punto de vista social?. Desde luego desde el punto de vista social, jamás; desde el punto de vista individual, acaso.

Pero examinando el asunto en sus efectos sociales, ya que las leyes han de hacerse para la sociedad y no para cada individuo -ha de prevalecer el caso general sobre el caso individual-, la sociedad resulta atacada de un cáncer, de una verdadera gangrena que la lleva a un aumento enorme en la cifra de los suicidios y en la criminalidad general (El Sr. Galarza: ¿Y en los parricidios?). En todo. (El Sr. Galarza: En los parricidios, mucho mayor en los países sin divorcio que con divorcio). Pues eso de París es absolutamente exacto. (El Sr. Lluhi: eso ha pasado sólo en un "vaudeville" en París). Eso ha pasado hace dos meses. (El r. Lluhi: Yo lo vi en la revista). Es un suceso de hace dos meses (Un Sr. Diputado: Pero un suceso no indica una situación social). Yo he citado el caso ése. que además es cierto, no por lo que es, sino por el comentario del periódico.

Queda en el estudio de esta cuestión, siempre desde el punto de vista puramente de experiencia social, un aspecto interesante. Es absolutamente indudable que la unidad e

indisolubilidad del matrimonio han sido defendidas como instituciones que responden al eterno combate de la sociedad contra sí misma, ese eterno combate de la lucha del bien contra el mal que no desaparecerá por ley más o menos, que se verá agravado o se verá aligerado porque las leyes sean mejores o peores; pues bien, la unidad y la insolubilidad del matrimonio han ido emparejadas con la elevación de la condición de la mujer (El Sr. Rey Mora: Todo lo contrario). El Sr. Rey Mora me permitirá que yo invoque el testimonio de Gina Lombroso, que es una muy ilustre penalista, que no tiene nada que ver con las convicciones religiosas, ni de uno ni de otro campo. Pues bien; Gina Lombroso, en su artículo escrito para una revista española, la revista "Nueva España", en su número de Enero de 1930 (que es una revista que hace y lleva la crónica de la Federación Universitaria española, que no tiene nada de derechas y que en un número, para que vea S.S. la orientación de esa revista, como un suelto, como una gacetilla, publicaba lo siguiente: "Direcciones que no hay que olvidar: "ABC, Serrano, tal número; "El Debate", Colegiata, 7; "El Siglo Futuro"... -interrupciones y rumores-; ya supieron los caminos esos cuando llegó la hora de aplicar la gacetilla) hace un estudio de la institución del divorcio, mejor dicho, un estudio de toda la enorme lucha que la sociedad, desenhado encauzar las relaciones entre los sexos por caminos mejores, ha tenido que mantener, apoyando la insolubilidad del matrimonio como medio de defensa de la mujer, como elevación de la condición de la mujer, porque no cabe duda que en este problema de la unidad e insolubilidad del matrimonio, hay la ambición del hombre, del varón, a ser libre, a no estar sujeto, pero en tanto en cuanto esa libertad se trate de amparar y se trate de defender, en tanto se degrada, en tanto se oprime a la mujer. La opinión es de Gina Lombroso.

He de terminar ocupándome de un último aspecto de esta cuestión. El Dr. Juarros, con su especialización médica, que , como las de todas las profesiones, lleva siempre algo

de deformación profesional, nos ha hablado de la necesidad de un criterio objetivo, y en ese criterio objetivo entendía él que entraba de lleno el criterio médico-profesional. Todos sabemos la enorme lucha que entre los juristas y los profesionales existe siempre para decidir problemas de esta naturaleza: el médico considera que el asunto del matrimonio se sale de la esfera del Derecho y entra exclusivamente en la esfera de la Filosofía; el jurista se ve en la necesidad de defenderse contra las pretensiones del fisiólogo. Pues bien, he aquí la única razón, la razón seria, la razón positiva por la cual el criterio médico no puede ser admitido como base de definición del Derecho: la Medicina o la Fisiología son ciencias tan falibles como las demás; en ellas caben las equivocaciones exactamente lo mismo que caben en los individuos; y por esto no se puede tratar de pretender admitir como criterio objetivo un criterio equivocado, que al aplicar individualmente da margen a muchísimos más casos de error. Y ya en este punto, mi criterio resultaría tan ajustado a nuestra manera de ver, que no hago más que repetir las palabras del Sr. Jiménez de Asúa cuando este debate se planteó en la Comisión de Constitución.

Aquí tenéis, Sres. Diputados, explica bien claramente la posición de quienes, siendo católicos y estando adheridos a una doctrina que en este punto no admite duda de ningún género, sabemos, sin embargo, observar, independientemente y desde dentro, lo que las exigencias sociales nos presentan a su vez como necesario; y tenemos la fortuna de comprobar que las exigencias de la sociedad son exactamente las mismas que las exigencias de nuestra propia fe" (238).

(238) Intervención del Sr. Leizaola en el debate de totalidad del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3592-3596.

5.2. Sistemas legislativos que influyen en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932:

5.2.1. Sistema francés: El divorcio no aparece en Francia sino con la Revolución: con la Revolución, el matrimonio no es ya sino un contrato puramente civil. La ley de 20 de Septiembre de 1792 admitirá el divorcio en nombre de la libertad individual: votada el mismo día en que la legislación se disuelve, el divorcio aparece como un medio normal de remediar una unión mal avenida. Así, entre las causas de divorcio admitidas por la Ley de 20 de Septiembre de 1792 figuran, no solamente el consentimiento mutuo o determinadas causas referidas al incumplimiento por uno de los esposos de sus obligaciones matrimoniales, sino incluso la simple incompatibilidad de caracteres: dentro del desorden general de la época, señala Gabriel Le Bras, el divorcio llega a ser un factor de disolución de la familia (239).

A los redactores del Código iba a corresponder realizar en este punto la conciliación necesaria entre la tradición y las adquisiciones de la Revolución: Si, de una parte, no podía negarse el divorcio a un pueblo que había usado y abusado de esta institución jurídica desde hacía ya diez años, de otra, convenía, en lo sucesivo, permitir a los ciudadanos usar del divorcio, mas no abusar de esta institución jurídica (240). Dentro del sistema que instaura el Código de Napoleón (241), si bien subsiste el principio del consentimiento mutuo (242), sin embargo el divorcio por consentimiento mutuo se rodea de múltiples precauciones, encaminadas a entorpecer su utilización, relegándose así a un segundo plano (243). El divorcio aparece, no ya como un medio de remediar una unión mal avenida, sino como consecuencia de la conducta culposa de cualquiera de los cónyuges: las causas de divorcio admitidas por el Código de Napoleón -"l'adultère" (244), "les excès, sévices ou injures graves" (245), "la condamnation de l'un des époux à une peine infamante" (246)- manifiestan claramente que la ruptura del vínculo conyugal viene a sancionar una falta grave del otro cónyuge.

Con la Restauración, y en aplicación de la Carta de 1814 que devuelve a la religión católica el rango de religión del Estado, se dicta la Ley de 8 de Mayo de 1816 que viene a abolir el divorcio y a restablecer el derecho francés a su estado anterior a 1789, situación que perdura a lo largo del siglo XIX hasta que la Ley Naquet de 27 de Julio de 1884 reintroduce el divorcio en el derecho francés: La Ley Naquet, seguida de la Ley de 18 de Abril de 1886, se aparta definitivamente del divorcio por consentimiento mutuo y consagra el sistema del divorcio-sanción, confiriendo a esta institución jurídica el carácter de sanción por incumplimiento grave de las obligaciones conyugales (247).

Este sistema de la legislación francesa del divorcio-sanción será acogido por el legislador español como sistema base en la regulación de esta institución jurídica.

---

(239) Le Bras, Gabriel: "Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain": travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, sous la direction de Gabriel Le Bras: Première partie: les législations positives, I, Europe: Librairie du Recueil Sirey, Société Anonyme, 1952: FRANCE: Págs. 107-134.

(240) Roughol-Valdeyron, Denise: "Le divorce par consentement mutuel et le code Napoléon": Revue trimestrielle de Droit Civil, Juillet-Septembre 1975, págs. 482-487.

(241) Teulet, A.F.: "Les codes de la République française", 7ª ed., Videcoq fils aîné, Editeur, Paris 1851:

"Code civil": Livre I - "des personnes"-, titre VI - "du divorce"-, décrété le 21 mars 1803 et promulgué le 31 du même mois:

-Chapitre I: "des causes du divorce": arts. 229-233.

-Chapitre II: "du divorce pour causes déterminées": arts. 234-274.

-Chapitre III "du divorce par consentement mutuel": arts. 275-294.

-Chapitre IV: "des effets du divorce": art. 295-305.

-Chapitre V: "de la séparation de corps": art. 306-311.

(242) "Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce": Art. 233 du Code Civil: Teulet, A.F.: Ob. cit., pág. 28

(243) Livre I, titre VI, Chapitre III -art. 275-294- du Code Civil: Puede verse igualmente la obra citada de Denise Roughol-valdeyron, págs. 482-487.

(244) "Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme" -art. 229 Code Civil-. "La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune" -art 230 du Code Civil-, Teulet, A.F.: Oc. cit., p. 28.

(245) "Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre": Art. 231 du Code Civil: Teulet, A.F. pág. 28.

(246) "La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce": Art. du Code Civil: Teulet, A.F.: Ob. cit., pág. 28.

(247) Junto a aquellas causas que tienen el carácter de perentorias -el adulterio de la mujer o del marido y la condena de uno de los cónyuges a una pena aflictiva e infamante- y que, en consecuencia, obliguen a los jueces a tener que pronunciar el divorcio tan pronto como han sido constatadas, de tal forma que el juez no puede apreciar la falta de intencionalidad del culpable, ni la buena fe o el error en que se encontraba el que en ellas incurrió, comprendíanse las causas conocidas con el nombre de causas facultativas -excesos, sevicias o injurias de un cónyuge al otro, cuando estos hechos constituyen una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones resultantes del matrimonio y hacen intolerable el mantenimiento de los lazos conyugales-: aun cuando dentro del sistema puro del divorcio-sanción, el juez no puede pronunciar el divorcio sobre la sola constatación de que la vida conyugal ha devenido intolerable, no siendo posible, pues, que la mera incompatibilidad de caracteres constituya una causa de divorcio, la práctica en Francia se desvió del molde rígido que supone el sistema puro del divorcio-sanción, y a través de la práctica denominada "au divorce d'accord" en que los cónyuges previamente de acuerdo prefabricaban las pruebas para obtener el divorcio se ha llegado de hecho al sistema del divorcio por consentimiento mutuo: Véase Castán Ibañeta, José: Derecho Civil Español, común y Foral, Tomo V, Volumen I, págs. 845-846, ed. Reus, M. 1976. Igualmente Gabriel Le Bras, ob. cit., págs. 107-134.

5.2.2. Sistema alemán: El Código de Alemania, promulgado el 18 de Agosto de 1896 -entra en vigor el 1 de Enero de 1900-, que supuso, entre otras cosas, la unificación jurídica del derecho matrimonial y del divorcio para todos los territorios del II Reich (258), acoge, en materia de divorcio, el sistema del divorcio-sanción: Justo hasta 1938 en que el Código Civil se reemplaza por la Ley de unificación del derecho del matrimonio y del divorcio dentro del país de Austria y del resto del territorio del II Reich de 6 de Agosto de 1938, el divorcio en Alemania se funda en motivos culposos, esto es, de discrepancia subjetiva. Es la conducta culpable de uno de los cónyuges la que permite al cónyuge inocente pedir el divorcio: Se consideran causas de divorcio el adulterio o la comisión de determinados actos punibles con arreglo al Código penal (249); el atentado de un cónyuge contra la vida del otro (250); el abandono malicioso (251); el incumplimiento grave de los deberes propios del matrimonio o la conducta inmoral y deshonrosa que produzca en el cónyuge inocente una perturbación tan profunda de las relaciones conyugales que no se le pueda exigir la continuación del matrimonio (252). Aun cuando el artículo 1569 del Código Civil alemán acogía una causa de divorcio de discrepancia objetiva (253), el sistema alemán se basaba en el principio del divorcio-sanción.

Fue la doctrina la que, aplicando a esta institución jurídica la teoría de la responsabilidad subjetiva, llega a formular en esta materia la tesis del divorcio por causas objetivas (254), teoría que acoge, aun cuando de modo subsidiario, el legislador español.

---

(248) Ministro de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: "Código Civil de Alemania, promulgado el 18 de Agosto de 1896": Ed. Gráficas Uguina, Madrid, 1954.  
Código civil alemán: Libro IV -"Derecho de Familia"-, Sección 1ª -"Matrimonio Civil"-, Título VII -del divorcio"-, artículos 1564-1587: Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: Ob. cit., págs. 188-192.

(249) "Podrá uno de los cónyuges pedir el divorcio, cuando el otro cometa adulterio o uno de los actos punibles con arreglo a los artículos 171 a 175 del Código Penal. El derecho del divorcio no existirá cuando el demandante haya consentido el adulterio o el hecho punible, o cuando haya tomado parte en él": Art. 1565 del Código Civil alemán: Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: Ob. cit., pág. 188-189.

(250) "Podrá un cónyuge pedir el divorcio, cuando el otro atente contra su vida": Art. 1566 del Código Civil alemán: Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: ob. cit., pág. 189.

(251) "podrá pedir el divorcio uno de los cónyuges, cuando el otro lo haya abandonado maliciosamente. Sólo se considerará malicioso el abandono en los casos siguientes: 1º: Cuando, después de adquirir autoridad de cosa juzgada, la sentencia que lo condena a volver al domicilio conyugal se haya negado un cónyuge maliciosamente y contra la voluntad del otro durante un año a cumplir la sentencia; 2º: Cuando maliciosamente, y contra la voluntad del otro cónyuge, permanezca ausente del domicilio conyugal, durante un año, uno de ellos, después de cumplidas las condiciones necesarias de la intimación pública. No será admisible el divorcio, en el caso previsto en el párrafo anterior, cuando al terminar la instrucción oral sobre que haya recaído la sentencia, no existieran las condiciones de la intimación pública". Artículo 1567 del Código Civil alemán: Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: Ob. cit., pág. 189.

(252) "Podrá uno de los cónyuges pedir el divorcio, cuando por revelación grave de los deberes propios del matrimonio, o por su conducta inmoral y deshonrosa, se haya hecho culpable el otro de una perturbación tan profunda de las relaciones conyugales que no pueda exigir del querellante la continuación del matrimonio. También se reputa la sevicia violación grave de los deberes": Art. 1568 del Código Civil alemán: Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjeras: Ob. cit., pág. 189.

(253) "Podrá un cónyuge pedir el divorcio cuando esté atacado el otro de una enfermedad mental que haya durado por lo menos tres años después del matrimonio, y alcanzado tal gravedad, que haya desaparecido la comunidad intelectual entre los esposos y no haya esperanza alguna de restablecimiento": Artículo 1569 del Código Civil alemán: Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: Ob. cit., pág. 189.

(254) Esta teoría de la casualidad objetiva sirve de base al proyecto de ley presentado por el doctor Kahl al Reichstag: Pueden verse:

- Farragato: El divorcio en las legislaciones comparadas -la forma de la discrepancia objetiva- Biblioteca de Derecho, Sociología y Política, vol. III, Madrid-1925.

- Saldaña. Quintiliano: La nueva doctrina jurídica del divorcio: Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, Julio-Septiembre 1924, núm. 24 págs. 161-198.



5.2.3. Si bien el sistema instaurado en la legislación soviética, conforme al cual es posible romper el matrimonio por la simple manifestación de voluntad de los cónyuges (255), no tuvo influencia directa en la Ley de Divorcio republicana, es un punto de mira añorado por determinados sectores de la vida socio-política de la España republicana:

Ya en el preámbulo del proyecto de ley de divorcio remitido a las Cortes Constituyentes por el Sr. Ministro de Justicia, D. Fernando de los Ríos destaca que el sistema del proyecto se había determinado preferentemente por el principio del divorcio culpable y que sólo por excepción se habían admitido algunos motivos no culposos, justificando esta preferencia por cuanto que a los de grave perturbación matrimonial por causa objetiva se había podido proveer mediante el régimen de separación judicial, que mantenida durante cierto tiempo daba lugar al divorcio pleno, y señala que aun cuando la interpretación de los Tribunales de las causas legítimas de divorcio podía obrar en su aplicación con eficacia expansiva, el empleo judicial de un método de analogía no debía olvidar que el sistema de Ley se determinaba, preferentemente, por los principios del divorcios culpable. (256).

---

(225) En un primer momento post-revolucionario, la regulación del divorcio en la legislación soviética, contenida en el Código de familia de 16 de Septiembre de 1918 y, más tarde, en el Código de familia de 19 de Noviembre de 1926 -puesto en vigor el 1 de Enero de 1927-, se caracteriza por los siguientes aspectos:

a) Es posible romper el matrimonio por consentimiento mutuo o incluso por una repudiación unilateral dimanante de uno solo de los cónyuges.

b) Una extrema simplificación se introduce dentro de las formas del divorcio: en el régimen instaurado en 1927 no había necesidad de un procedimiento judicial para pronunciar el divorcio; el simple asiento registral de la voluntad de los esposos era suficiente (Cfr. Le Bras Gabriel, ob. cit., p. 329 -U.R.S.S.: p. 329-342).

(256) Cfr. Preámbulo al proyecto de ley sobre el Divorcio: Apéndice IV de esta tesis doctoral.

### CAPITULO TERCERO

6. La ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Del divorcio y de la separación de personas y bienes.

6.1. Aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 a todos los matrimonios, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración:

El artículo 1º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 disponía: "El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración" (257).

El divorcio como institución jurídica supone la ruptura del vínculo conyugal, ruptura que se produce desde que se dicta sentencia firme de divorcio por los Tribunales civiles (258): Ambos aspectos, el divorcio como institución jurídica que supone la disolución del vínculo conyugal con la consiguiente libertad reconocida a las partes de contraer nuevas nupcias con tercera persona, y el otorgamiento a los Tribunales ordinarios de competencia única para conocer con efectos civiles de las demandas de divorcio, quedan delimitados en el artículo 1º de la Ley de Divorcio; más, el problema que se planteaba, era si las disposiciones de la ley especial de divorcio se habían de aplicar a los matrimonios celebrados con posterioridad a la fecha de publicación de dicha Ley, excluyendo, de sus disposiciones a los celebrados con anterioridad a dicha fecha o, si por el contrario, rige para toda clase de matrimonios, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración:

Si el texto definitivo del artículo 1º de la Ley de Divorcio no ofrece duda al respecto, en el sentido de que las disposiciones de la ley especial de divorcio son aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración, la primitiva redacción del mismo,

tanto en el proyecto de ley de divorcio como en el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, planteó en la Cámara el tema, de gran importancia para la efectividad de la aplicación práctica de la Ley, de si las disposiciones de la misma habían de ser o no aplicables a los matrimonios celebrados con anterioridad a su promulgación, cuya discusión se concretó en el debate de una enmienda del Sr. Casanueva al artículo 1º del dictamen en que proponía se adicionara a dicho artículo el siguiente párrafo:

"No estarán sujetos a las disposiciones de esta ley los matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha de su promulgación" (259).

• Dos son los argumentos en que el Sr. Casanueva apoya el principio de no sujeción de las disposiciones de la ley especial de divorcio respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha de su promulgación, el principio de la no retroactividad de la ley, cuya vulneración es el mayor atentado que puede cometer la ley, y el respeto, íntimamente unido al principio de la no retroactividad de la ley, a los derechos adquiridos, por cuya virtud ninguna ley puede ir contra un derecho adquirido con anterioridad a su promulgación:

"... Sres. Diputados, el espíritu y la letra de la enmienda (El Sr. Pérez Madrigal: La letra está protestada). ¡Había que protestar tantas! Digo que el espíritu y la letra de la enmienda va contra el principio de la retroactividad que se quiere dar a la ley que empezamos a discutir. El principio de la retroactividad de la ley ha sido combatido por todos los tratadistas de Derecho y expulsado de todas las legislaciones del mundo, porque se ha pensado que la ley tiene una limitación en cuanto al tiempo de su vigencia, que es la fecha de su promulgación. Desde esa fecha hacia adelante se cuenta el tiempo de su vigencia, y de ahí hacia atrás el de su ineficacia, principio que además va contra los derechos adquiridos que se han respetados en todas partes.

Todas las legislaciones han respetado este principio: los Códigos antiguos, las Constituciones de los pueblos modernos, los Códigos civiles que lo han regulado así, desde el Código de Justiniano, la Constitución de los Estados Unidos, la de Noruega, las de Francia del año 93 y del año 95, nuestro Código civil, que sienta la regla general aunque por primera vez admite la excepción. Y si en el campo legislativo del Derecho constituido saltamos al Derecho científico, al derecho constituyente, nos encontramos con que todos los autores repugnan en absoluto la admisión del principio de la retroactividad de la ley. Así Portalis dice que si la ley natural es de todos los tiempos, no tiene fuerza de obligar hasta que existe, y no existe hasta que se promulga. Decía también: "Huyamos de las leyes de dos caras, porque con un ojo en el pasado y otro en el porvenir, no harían mas que perturbar y causar verdadero desorden y trastorno en la sociedad". Benjamín Constant decía que el mayor atentado que puede cometer la ley es dar efecto retroactivo a sus disposiciones, y añadía que la ley tenía carácter retroactivo no era ley (El Sr. Pérez Madrigal: La ley penal, en cuanto beneficia, no tiene efectos retroactivos...) En cuanto beneficia. Déjeme terminas y después verá (El Sr. Pérez Madrigal: Si el matrimonio es una cadena, ni que decir tiene que debe ser retroactiva la ley, puesto que beneficia). Todos los autores modernos se oponen a este principio. Citaré sólo a los españoles: entre otros, a Eugenio Valera, Falcón, Romero Girón y Clemente de Diego se oponen a la retroactividad de la ley; y el maestro excelso de muchas generaciones y de la mayor parte de los componentes de esta Cámara que peinamos canas, el Sr. Sánchez Román, padre, sostiene que no procede nunca conceder efecto retroactivo a la ley, pues eso sería saltar de abismo en abismo para ir a la mayor de las anarquías.

Digo yo, señores, si todos los autores están contestes en oponerse al principio de la retroactividad de la ley y en todas las legislaciones, hasta ahora, se ha establecido

que la ley no tenga efecto retroactivo, no será muy exagerado decir que la ley que admite ese principio es una ley antijurídica, dos palabras que parece que mutuamente se repelen; porque la retroactividad de la ley va incluso contra el principio de la responsabilidad del agente, porque se le obliga a que, cuando contrata o realiza un acto que ha de tener consecuencias jurídicas, tenga que pensar en la ley que va a regir el futuro, no en la que rige cuando se ejecuta el acto o el contrato, que es a la que tiene que atenerse. Este es un principio enorme de perturbación.

Aunque el símil sea un poco pedestre, voy a compararlo a lo que ocurría a fines de siglo pasado en la política. ¿Subía Cánovas al Poder? Todos los empleados nombrados por Sagasta, a la calle. ¿Caían los conservadores y subían los liberales? Todos los que se habían nombrado antes corrían la misma suerte. Pues algo parecido ocurre cuando se empeñan en dar a las leyes efectos retroactivos. Por ejemplo, en el caso actual ¿Que mandan las izquierdas? A divorciarse hasta el gato de D. Angel, aunque el matrimonio se haya contraído a base de la indisolubilidad. ¿Que mandan algún día las derechas? Pues no se divorcia nadie, aunque el matrimonio se haya celebrado con la condición de poderlo disolver, si le iba mal a los contrayentes. Debéis comprender, Sres. Diputados, que esto sería un trastorno para todos y debéis pensar que los que ahora estáis encima, alguna vez podéis caer debajo (Rumores y risas). Además, a estas ideas se encadena la de los derechos adquiridos, en virtud de la cual ninguna ley puede ir contra un derecho adquirido con anterioridad a su promulgación. Como decía Laurent, cuando un legislador se encuentra ante un derecho adquirido, no tiene mas que un deber: respetarle. Los derechos adquiridos han tenido siempre el respeto de todas las legislaciones.

Como veis, Sres. Diputados, no he intentado más que refrescar ideas que, aunque muy elementales, están completamente olvidadas en este recinto, donde se cree que unas

Cortes Constituyentes pueden hacer lo que se les antoje o les venga en gana a los que dispongan de los votos de la mayoría. Y no es así, porque el legislador que se apoya sólo en la fuerza de los votos o en los fusiles no elabora leyes, elabora, a su capricho, reglas de sentido dictatorial, que son una ofensa contra el derecho y que no merecen, por tanto, el nombre de leyes ni, por consecuencia, el respeto ni el acatamiento de los ciudadanos (Un Sr. Diputado: Apluda el Sr. Ayuso.- El Sr. Ayuso: yo se cuando tengo que aplaudir, en uso de mi autonomía. No necesito mentores, y menos de esos bancos -señalando a los que ocupan la minoría socialista-). Debemos procurar elaborar leyes con respecto a los principios generales del Derecho, a fin de que sean obligatorias para todos, y no con esa obligatoriedad que nace de la fuerza, sino con la fuerza que le da el convencimiento de la mayoría de los ciudadanos de la bondad de aquéllas.

Yo voy a ver si saco algunas consecuencias en apoyo de mi enmienda. Desde tiempo inmemorial, todos los matrimonios que se han celebrado en España han sido contraídos en la idea de que el vínculo sería indisoluble, salvo por la muerte (Un Sr. Diputado: Que no se disuelvan. ¿Quién los obliga a disolverse?). Son dos los contrayentes, y por que uno se empeña en disolver el matrimonio, aunque el otro no quiera, no hay mas remedio que disolverlo (Rumores). Casi todos los matrimonios que se han celebrado en España se han contraído a base de la indisolubilidad del vínculo, pensando siempre en que lo que Dios unía los hombres no podían separarlo. Así, se han celebrado el 999 por 1000 de los matrimonios en España, y pensando así, en esa idea, se han hecho donaciones, capitulaciones matrimoniales, constituciones de dotes, algunas de índole sucesoria irrevocable, y se ha creado, en fin, una serie enorme de relaciones jurídicas, porque es sabido que la vida familiar cobija al hombre desde la cuna hasta el sepulcro y que es muy raro que en la vida civil haya algo que no roce la vida familiar.

Pues todo esto correrá serio peligro si a la ley se le da efecto retroactivo, porque de aquí en adelante en los matrimonios desaparecerá todo lo que se había establecido con anterioridad, y los que habían cuidado de regular las relaciones matrimoniales de los hijos, y especialmente de las hijas, podrán correr el riesgo, por lo que a la mujer se refiere, de un abandono después de haber consumido su dote. Es cierto, dicho sea en honor de la mujer española, que en nuestra Patria no se da el tipo de la mujer catadora de maridos, pero todos reconoceréis que en España es muy frecuente el tipo de hombre catador de mujeres, y lo que es peor: el cazador de dotes (Fuertes rumores). Para éste había antes un valladar, una barrera inexpugnable, que era la indisolubilidad del vínculo (Rumores); podía engañar a una, pero a la segunda no; y hoy, si prospera este proyecto, el campo de la hazaña del "niño bonito" se extiende considerablemente (El Sr. Pérez Madrigal: Eso es envidia a los castigadores.- Risas). Esto, señores, no afecta sólo a las relaciones de orden moral y de índole económica, sino que perjudica a los dos sexos por igual. Así el marido inocente, si su mujer le obliga a pedir el divorcio pierde la mitad de los gananciales; es decir, la mitad de lo que haya ganado con su trabajo y su industria, mitad que tiene que dar a la mujer para que se vaya a divertir con otro (Rumores), pierde la administración de la dote; y la mujer en ese proyecto pierde algo más, pierde hasta la cuota viudal, que siempre se ha considerado como una legítima y que aquí desaparece.

Eso es un atentado contra los derechos adquiridos, y por eso insisto en mi enmienda y digo a los señores de la Comisión (y lo diría al señor Ministro de Justicia si estuviera en el banco azul, que está bien desierto, a pesar de que se trata de un proyecto como éste) que piensen en las consecuencias de esta ley, que piensen en las consecuencias que tendrá el que se la dé efecto retroactivo para aquellos que contrataron a sabiendas de la trascendencia

de un acto que no se podía modificar por virtud de una ley; que piensen que debemos colocarnos todos en la zona templada en que debe situarse el legislador, que no tendrá los esplendores de la zona tórrida, pero que tampoco tendrá las frías arideces del Polo.

Este es un problema de mucha importancia, quizás no fuera este el sitio adecuado para discutirlo, es posible que esto correspondiera a las disposiciones transitorias; pero como me he encontrado con una enmienda en que se pide lo contrario, por eso la he presentado aquí. Nada más". (260).

El criterio de la Comisión es claro desde el momento en que, aceptando la enmienda de la Srta. Campoamor, aclara el sentido del artículo 1º del proyecto en el sentido de que sus disposiciones sean aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea la fecha y la forma de su celebración: La imposibilidad de discutir un principio constitucional, que está por encima de toda discusión, y la de que existan dos castas de matrimonios, la de los que lo contrajeron con anterioridad a la vigencia de esta ley y la de aquellos que lo contrajeran con posterioridad a la vigencia de la misma son las razones que, en nombre de la Comisión, alega el Sr. Quintana de León para oponerse a la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva:

"... Sres. Diputados, el criterio de la Comisión está bien claro, desde el momento en que, aceptando una enmienda del Sr. Gasset y aceptando otra enmienda de la Srta. Campoamor, ha aclarado el artículo 1º del proyecto de ley, en el sentido de que sus disposiciones sean aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea la fecha y la forma de su celebración.

La Comisión no va a seguir al Sr. Casanueva en sus frondosas argumentaciones; la Comisión no va a seguir tampoco al Sr. Casanueva en la invitación a tratar temas que, deri-



vando de la verdadera substancia de esta ley, pudieran dar lugar a satisfacer aspiraciones de discutir un principio constitucional, que está por encima de toda discusión.

No se trata de una ley que afecte a la forma de celebración del matrimonio, no se trata de una ley de carácter obligatorio; se trata de una ley que concede una potestad que ha de nacer sobre un motivo, a presencia de una causa justificativa del divorcio; y como es desde ahí de donde debe arrancar la posibilidad de que el divorcio se plantee y de que el divorcio se resuelva, lo mismo da que el matrimonio se hubiera contraído con anterioridad a la vigencia de la ley, como con posterioridad a esta vigencia. Lo interesante es, no violando ningún precepto que se refiere a la retroactividad de las leyes, no cayendo en infracciones del respeto que se debe a los derechos adquiridos -que derechos de esta materialidad no pueden invocarse cuando se trata de algo tan sutil y de un sentido social tan complejo como es el matrimonio en todas sus derivaciones-, ofrece las posibilidades de que no existan en España dos castas, la de los que contrajeron matrimonio con anterioridad a la vigencia de esta ley, que se encontrarían con una barrera infranqueable, a pesar de la existencia de causas de divorcio, que les impediría disolver sus matrimonios, y la de aquellos otros, en cambio, que los habían contraído con posterioridad a la vigencia de esta ley.

En cuanto a lo de que hemos de legislar en zona templada, he de decir al Sr. Casanueva que nosotros no tenemos la pretensión de legislar en zona tórrida, pero tampoco caeremos en la tentación de seguir a S.S. hacia determinadas zonas glaciales (Muy bien.- Aplausos) (261).

En turno de rectificación, el Sr. Casanueva señala que ni él iba contra el precepto constitucional, ni el precepto constitucional va en contra de su enmienda, porque aquél sólo dice que se establecerá el divorcio vincular pero no afirma

que se establecerá para los matrimonios celebrados antes de su vigencia:

"... El Sr. Quintana de León me ha hecho el honor de suponer que yo iba contra el precepto constitucional (Rumores). El precepto constitucional ni siquiera se roza con mi enmienda, porque aquél dice que se establecerá el divorcio vincular, pero no afirma que se establecerá para los matrimonios celebrados antes de su vigencia; no dice más sino que para eso se establecerá el divorcio vincular. La prueba es que SS.SS. han venido con este precepto... (El Sr. Quintana: Para desarrollar un precepto constitucional). Yo no he visto que en la Constitución se diga que se va a legislar para cosas pasadas; dice que se establecerá el divorcio vincular. Se puede establecer, por tanto, a partir de hoy, en adelante, no para atrás (Rumores).

Decís que la sumisión a esta ley es voluntaria. Ya manifestaré, contestando a una interrupción, que no es voluntaria, pues depende de la voluntad de uno de los dos. De poco servirá no querer al que no quiera divorciarse, si su cónyuge se empeña en hacerlo. El marido que quiera obtener el divorcio vincular, aunque la mujer no haya dado motivo para ello, conseguirá el divorcio, porque, como SS.SS. saben, hay cien mil medio de conseguirlo, pues al que es un canalla le importa poco lo que va a ocurrir, e impondrá el divorcio, quiera o no el otro cónyuge, obligando así a esa mujer, que se casó en la seguridad de que en ningún caso el vínculo habría de romperse, a romperlo (Rumores).

Las dos castas a que se refería S.S. las hay en todas las leyes que dictan reglas normativas; no hay una sola ley que no cree dos castas de ciudades -no en el sentido estricto de la palabra, claro es-, sometidos a distintas regulaciones. Eso pasa en virtud de todas las leyes civiles; desde que se publicó el Código Civil para acá, hay unas relaciones jurídicas muy distintas a las de antes" (262).

Desechada por la Cámara la enmienda discutida suscrita por el Sr. Casanueva (263), debemos señalar la trascendencia práctica del tema debatido, pues su aceptación suponía una hipoteca a largo plazo de la efectividad de la Ley de Divorcio y, en definitiva, hubiera supuesto, por el devenir de los acontecimientos históricos, su no aplicación.

(257) Artículo 1º del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: "El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles disuelve el matrimonio cualquiera que hubiere sido la forma de su celebración":

La redacción definitiva del artículo 1º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio se debe a la incorporación al dictamen por la Comisión de una enmienda de la Srta. Campoamor en el sentido de que las disposiciones de esta Ley fueran aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración:

Esta enmienda de la Srta. Campoamor al artículo 1º del dictamen proponía la siguiente redacción del mismo: "El divorcio decretado por sentencia firme por los Tribunales civiles disuelve el matrimonio cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM. 111).

de Sesiones, Tomo VI, p. 3640 y 3642), el Sr. Gasset retira una enmienda que tenía presentada al artículo 1º del dictamen en la que proponía se añadiera al mismo un segundo párrafo de este tenor: "El anterior precepto será aplicable a los matrimonios contraidos con anterioridad a esta ley" (Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109, y tomo VI p. 3642).

(258) Como ya se sabe, el poder civil, por Decreto de 3 de Noviembre de 1931, había ya vindicado para sí las funciones de soberanía relativas al orden jurisdiccional, otorgando a los Tribunales ordinarios competencia única para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio -refiriéndose al denominado divorcio menos pleno o imperfecto, que se limita a suspender la vida común de los cónyuges- y nulidad de matrimonio, cualquiera que fuera la forma de su celebración, civil o canónica: Quedando en suspenso la vigencia de dicho Decreto por virtud del Decreto de 10 de Diciembre de 1931, las reglas transitorias de la Ley de Divorcio vendrían a regular esta materia (Cfr. el apartado 3 de esta Tesis).

(259) Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 109.

(260) Intervención del Sr. Casanueva en defensa de una enmienda por él suscrita al artículo 1º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3640-3641.

(261) Intervención del Sr. Quintana, en nombre de la Comisión, en oposición a la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3641-3642.

(262) Intervención del Sr. Casanueva en turno de rectificación en la discusión de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3642.

(263) Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3642.

6.2. Ejercicio de la acción de divorcio o de separación de personas y bienes:

6.2.1. La existencia de un matrimonio que surta efectos civiles como requisito previo para ejercitar la acción de divorcio o de separación de personas y bienes:

El ejercicio de la acción de divorcio o de separación al amparo de la ley especial de divorcio presupone y exige la existencia de un matrimonio que surta efectos civiles: la justificación de la existencia y realidad de un matrimonio que surta efectos civiles es, pues, base precisa para solicitar con éxito el divorcio o la separación de personas y bienes por cualquiera de los procedimientos o medios que se otorgan a los cónyuges, el mutuo disenso o a petición de cualquiera de ellos con alegación, en este caso, de justa causa (264).

Una vez en vigor el Código civil español, el medio normal de prueba de la existencia y realidad de un matrimonio lo constituye la certificación del acta del Registro civil, a no ser que los libros de éste no haya existido o hubiesen desaparecido, o se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos será admisible toda especie de prueba -Artículo 53 del Código Civil-, especificándose como uno de los medios de prueba del matrimonio en los casos reseñados el de la posesión constante de estado de los padres, unida a las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, a no constar que alguno de los dos estaba ligado por otro matrimonio anterior -Artículo 54 del Código civil-.

Respecto a la justificación y existencia de un matrimonio contraído en país extranjero, donde actos no estuviesen sujetos a un registro regular o auténtico, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho -Artículo 55 del Código civil-, siendo igualmente admisible toda especie de prueba en caso de que se suscite contienda ante los Tribunales, y como uno de los medios de prueba del matrimo-

nio en este supuesto será admisible el de su inscripción en el Registro civil del Consulado de España, sin que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 1936 -Reperitorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 249-, aludiendo a la doctrina de la dictada por el mismo Tribunal en 9 de Febrero de 1934, se supedita la intervención de los Tribunales españoles en los matrimonios celebrados con los requisitos formales de una legislación extranjera a que el matrimonio se inscriba en el Registro español -Consular o de la Dirección-:

"... Que en la sentencia dictada por este Tribunal Supremo en 9 de Febrero de 1934, en que, únicamente, se apoya el Juzgador de instancia para rechazar la demanda de divorcio deducida por don A.F.M., contra su esposa doña M.A., no supedita, como erróneamente se afirma en la sentencia recurrida, la intervención de los Tribunales españoles en los matrimonios celebrados con los requisitos formales de una legislación extranjera, a que el matrimonio se inscriba en el Registro español -Consular o de la Dirección- sino que del hecho de inscribirse en el Registro Civil del Consulado de España estima haberse probado la existencia del matrimonio en país extranjero conforme el artículo 55 del Código civil y concluye, con invocación del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder judicial, artículos 9 y 11 del Código civil y artículo 51 de la ley rituarial, revisando la sentencia en que con infracción de los preceptos citados, se declaró incompetente la Sala para conocer del divorcio vincular que ante ella se solicitaba.

Que, en su consecuencia, demostrada la existencia y realidad del matrimonio celebrado en el extranjero, a que se contraen las actuaciones objeto del presente recurso, (toda vez que el Tribunal "a quo" reconoce explícitamente si innegable validez) incide la sentencia recurrida en evidente error de jure, dimanante de la infracción de los preceptos legales anteriormente citados, al dictar su fallo que literal-

mente dice: "Que debemos declarar no haber lugar al divorcio instado por don A.F.M. contra su esposa doña M.A.", no obstante la aquiescencia que prestan la demanda y el Ministerio Fiscal a lós hechos en que se basa la demanda, debida y plenamente justificados documental y testificalmente que comprueban la concurrencia de todos los requisitos determinantes de la causa 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio".

a) Sí, como hemos señalado, el ejercicio de la acción de divorcio o de separación al amparo de la ley especial de divorcio presupone y exige la existencia de un matrimonio que surta efectos civiles, en el supuesto del matrimonio secreto o de conciencia celebrado ante la Iglesia, que no produce efectos civiles sino en los casos que señala el artículo 79 del Código civil -desde que se publique mediante su inscripción en el Registro civil correspondiente, a menos que ésta se verifique en el especial y secreto de la Dirección General del Registro Civil (265)-, no podía intentarse el ejercicio de una acción al amparo de la ley de Divorcio sino en los casos a que dicho artículo se refiere, y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1936 (266).

b) Sí, como hemos señalado, el ejercicio de la acción de divorcio o de separación al amparo de la ley especial de divorcio presupone y exige la existencia de un matrimonio canónico rato y no consumado dispensado por el Romano Pontífice, consignada su disolución en el Registro civil por transcripción en él del rescripto pontificio, no podía intentarse ante un Tribunal civil el ejercicio de una acción al amparo de la Ley de Divorcio haciendo caso omiso de la decisión papal, y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1935 (267).

(264) En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 236-:

"... Que el primer motivo de revisión que en el recurso promovido por don J.F.A., conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio señala contra la sentencia de la Audiencia de Orense de fecha 26 de marzo de 1934, consiste en afirmar que el recurrente no fue parte en el asunto ni tan siquiera resulta ser el esposo de la actora; mas como dicho señor pone de relieve la inexactitud de tales manifestaciones cuando emplazado

para que contestase la demanda entablada por doña E.A.O. contra su marido don J.A.T., así lo hizo y opuso las excepciones de defecto legal en el modo de proponerla y de falta de acción en la actora como cónyuge culpable, interesando su absolución, y continuó en dicho concepto en el pleito atribuyendo a la demandante su condición de esposa del demandado; propuso prueba, compareció ante la Audiencia dando a la actora igual título, y notificada que le fue la sentencia interpuso contra ella el actual recurso, indudable es la improcedencia de la causa 3ª del artículo 57 de la ley de Divorcio por el motivo indicado puesto que no existe la supuesta notoria injusticia en la sentencia recurrida, ya que, reconocida por el recurrente en los autos una y otra vez la realidad de su matrimonio con doña E.A., no ofrece duda en el pleito la personalidad del demandado como marido de dicha señora con su nombre de Juan y los apellidos de A.T. o de T.A. y mucho menos, como apunta la Sala sentenciadora, si se tiene en cuenta que este señor es oriundo de Portugal y, de otro lado, que la parte actora no pudo promover demanda de separación de personas y bienes con arreglo a la ley de Divorcio, contra otra persona de distinto sexo que aquella con la que había contraído matrimonio, ni resolver la Audiencia respecto de distinto sujeto"

(265) Disponía este artículo 79 del Código civil, según su redacción originaria:

"El matrimonio secreto de conciencia celebrado ante la Iglesia, no está sujeto a ninguna formalidad en el orden civil, ni produce efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro.

Este matrimonio producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración, si ambos contrayentes, de común acuerdo solicitaren del Obispo que lo haya autorizado un traslado de la partida consignada en el Registro secreto del Obispado, y la remitieren directamente y con la conveniente reserva a la Dirección General del Registro civil solicitando su inscripción. Al efecto, la Dirección General llevará un Registro especial y secreto con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darles publicidad, trasladándose al Registro municipal de su domicilio".

(266) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 324-: Demanda la esposa alegando las causas 4ª, 7ª y 8ª del artículo 3º de la ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, acompañando una certificación expedida por el Jefe del Archivo del Ministerio de Guerra en que consta que en el libro de Matrimonios se hallaba inscrito el celebrado en forma secreta o de conciencia; el demandado alega la excepción de falta de acción en el demandante por no haber surtido efectos civiles el matrimonio canónico celebrado en forma secreta o de conciencia, excepción que admite el Tribunal de instancia, e interpuesto por la esposa recurso de revisión por injusticia notoria, es desestimado por el Tribunal Supremo que considera que la citada certificación no es documento originario de los aludidos efectos civiles:

"... Que para solicitar con éxito la separación de personas a la que la recurrente aspira en esta vía, se hace necesario justificar ante todo en "forma legal", la existencia de un matrimonio que surta efectos civiles y como el llamado secreto o de conciencia cual el de que se trata, no los produce, hasta que se publica, mediante su inscripción en el Registro civil correspondiente, a menos que ésta se verifique en el especial y secreto de la Dirección, hoy Subdirección General de los Registros a que el artículo 79 del Código civil se refiere, es visto que al sostener tal doctrina el Tribunal "a quo" y no dar lugar a la demanda, por no encontrarse en ninguno de esos dos casos, el matrimonio canónico que motiva estas actuaciones, no incurrió en la injusticia notoria que se le atribuye ni infringió por tanto el artículo citado, porque la certificación expedida por el Jefe del Archivo del Ministerio de la Guerra, presentada en el pleito con objeto de acreditar el matrimonio de la demandante, no es documento originario de los aludidos efectos civiles, ni demostrativo de la existencia de éstos, según el expresado artículo 79 que no lo admite, como posible sustitución válida, de las fórmulas en él contenidas a dicho fin, por lo que el primero de los motivos del recurso no puede prosperar".

(267) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia de 1935, Aranzadi, 1112-: Demanda el esposo impugnando un rescripto de nulidad por no haber existido

consumación dado por el Romano Pontífice y solicitando el divorcio de su esposa, siendo desestimada la demanda por el Tribunal de instancia por no existir el matrimonio canónico que había sido dispensado por el Romano Pontífice como rato no consumado el día 6 de Agosto de 1928 según constaba en el correspondiente libro del Registro civil por transcripción en él del rescripto pontificio que así lo justificaba; interpuesto por el esposo recurso de revisión por injusticia notoria, es desestimado por el Tribunal Supremo que resuelve:

"CDO: Que para desestimar la demanda del Sr. ..., fúndase esencialmente la sentencia por él combatida en que al tiempo de interponerla el 29 de Septiembre de 1932, no existía el matrimonio canónico que en otoño del año 1924 contrajo en La Coruña con Dª..., puesto que el Romano Pontífice le había dispensado como rato no consumado el día 6 de Agosto de 1928 según consta en el correspondiente libro del Registro civil por transcripción en él del rescripto pontificio que así lo justificaba; y como revisada la prueba que se realizó en el pleito de ella aparece en efecto lo que en racional apreciación de la misma afirma la sentencia impugnada, y frente a la realidad de la dispensa y consiguiente disolución del matrimonio canónico no consumado, contraído por los litigantes no son de estimar por ser ineficaces para demostrar la inexistencia de esos hechos consumados ni pueden abatirlos, las supuestas incongruencias con vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e infracciones de la disposición transitoria 4ª de la Ley de Divorcio, del artículo 63 de la del Registro Civil y de determinados cánones de la Iglesia, preceptos todos cuya aplicación para nada interesó ni citó siquiera en su demanda el Sr...., aunque pretenda alegarlos ahora en apoyo de su recurso, claro es que no cabe declarar que la sentencia combatida haya incurrido en injusticia notoria en la apreciación de la prueba ni en este aspecto, por consiguiente, prevalece el recurso.

CDO: Que tampoco es admisible que el recurrente remueva las indicadas aseveraciones de la sentencia recurrida combatiendo a tal fin en su recurso la eficacia del documento presentado en el Registro Civil para hacer constar la mencionada dispensa, puesto que la calificación que de él y de la capacidad del presentante hiciera el encargado de aquél y la forma de registrarlo no son materia propia del pleito de divorcio instaurado por el Sr...., y mientras la anotación verificada subsista no puede el demandante desconocer en los autos los efectos de la misma, por lo que no es de estimar que sobre la base de aquellas afirmaciones de hecho incidiera en injusticia notoria la sentencia impugnada al aplicar el derecho de absolver a la demandada, porque el artículo 1º de la Ley de 2 de Marzo de 1932 evidencia que el ejercicio ante los Tribunales civiles de la acción de divorcio por ella concedida a quienes unió el vínculo matrimonial no tiene más objeto ni persigue otra finalidad que la de lograr la disolución del matrimonio existente cualquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración; luego si al tiempo de promover contra su esposa el 29 de Septiembre de 1932 demanda de divorcio vincular fundada en las causas 5ª, 7ª y 8ª del artículo 3º de la Ley, constábale al Sr...., según alegaba en el hecho décimo cuarto de la misma, que el matrimonio canónico que por ser católicos celebró con Dª... en la Iglesia de San Jorge de la Ciudad de La Coruña el día 15 de Octubre de 1924 se hallaba dispensado por el Romano Pontífice y consignada su disolución en el Registro Civil correspondiente, desde el año 1928, época muy anterior a la vigencia de la actual Ley de divorcio y de la del 28 de Junio de 1932, a partir de la cual no se reconoce por el Estado otra forma de matrimonio que el civil, de toda evidencia es la imposibilidad legal de que el Sr... se encontraba, haciendo caso omiso de la decisión papal acerca de su matrimonio que desunía definitivamente a los cónyuges, de instar ante un Tribunal civil el ejercicio de una acción de divorcio contra su esposa al amparo de la Ley de 2 de Marzo de 1932, cuando ésta propone y exige, naturalmente, desde su primer artículo, la existencia del matrimonio ante los litigantes para que por efecto de la promoción de aquélla pueda declarar el Tribunal en su sentencia y hacerse efectiva al ejecutarla, la disolución del vínculo conyugal que con la demanda se pretende".



6.2.2. Procedimientos o medios que se otorguen a los cónyuges que solicitase, conforme a la facultad o derecho que el artículo 43 de la Constitución de la República de 9 de Diciembre de 1931 les concedía, la disolución de su matrimonio.

El artículo 2º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 disponía: "Habrá lugar al divorcio, cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta Ley, siempre con sujeción a los que en ella se dispone" (268).

Este artículo venía, pues, a consagrar aquella facultad o derecho que a los cónyuges vino a conceder el precepto constitucional en forma de norma positiva jurisdiccionalmente aplicable, otorgándoles a tal fin dos procedimientos o medios para solicitar la disolución de su matrimonio, uno, el mutuo disenso, regulado por los artículos 63 a 69 de la Ley de divorcio, y otro, a petición de cualquiera de ellos con alegación de justa causa, regulado por los artículos 46 a 62 de la citada Ley de divorcio (269).

Esta facultad o derecho que a los cónyuges vino a conceder el precepto constitucional y la Ley especial de divorcio para solicitar la disolución del vínculo conyugal por cualquiera de los medios que a tal fin se otorgan a los cónyuges es irrenunciable y no podía enervarse como consecuencia de acuerdos que en contrario pudieran haber pactado los cónyuges (270), y en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1934, 16 de Octubre de 1935 y 7 de Marzo de 1936 (271).

6.2.2.1. Ejercicio de la razón de divorcio o separación de personas y bienes por mutuo disenso:

El artículo 4º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 disponía:

"Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo

disenso los cónyuges que sean mayores de edad. No se podrá ejercer este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio" (272).

Este artículo 4º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 se correspondía con el art. 4º del proyecto de ley de divorcio, artículo que se suprime en el texto del dictámen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, siendo introducido posteriormente al aceptarse por la Comisión un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvares (D. Basilio), transcripción fiel y exacta del proyecto del Sr. Ministro de Justicia (273): La razón de que deba exigirse el requisito de la mayoría de edad para el ejercicio de la acción de divorcio o separación por mutuo disenso es, según expondría el Sr. Villanueva, que, si con arreglo a nuestras leyes civiles, para casarse, los menores de edad necesitan un consentimiento, necesitan que se supla su capacidad, bien por sus padres, tutores, etc., no se puede concebir que después, sin que nadie supla su capacidad, se pongan de acuerdo y rompan el vínculo matrimonial únicamente por mutuo disenso, máxime cuando en esta clase de procedimiento no es parte el Ministerio Fiscal:

"... Sres. Diputado, el voto particular que ha firmado este diputado es la transcripción fiel y exacta del proyecto del Sr. Ministro de Justicia. Este artículo 4º, con arreglo al dictamen que se está discutiendo, dice: "El divorcio mediante causa legítima sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad". Y resultaría que única y exclusivamente aquel divorcio que esté fundado en una causa es el que se puede pedir por un cónyuge; pero no habla absolutamente para nada de cuando el divorcio se base en el mutuo disenso. Por eso el proyecto del Sr. Ministro determinaba que el divorcio cuando se fundaba en el mutuo disenso, para poderlo pedir, los cónyuges fueran mayores de edad, y la razón es obvia. Si para casarse los menores de edad necesitan un consentimiento, necesitan que se supla su capacidad, bien por sus padres, tutores, etc., se puede .

dar el caso de que, por mutuo disenso, para rescindir el vínculo matrimonial, para rescindir el contrato de matrimonio pueda pedirlo, con arreglo a las prescripciones del artículo 5º, cualquiera de los cónyuges y cualquiera que sea su edad.

Además, hay otra cuestión interesante a resolver aquí, y es que si, con arreglo a nuestras leyes civiles, puede casarse la mujer a los 12 años y el varón a los 14, no se puede concebir que a los 14 o 15 años de edad se pongan de acuerdo marido y mujer y, sin que nadie supla su capacidad, rompan el vínculo matrimonial únicamente por mutuo disenso. Por esta razón, el Diputado que suscribe el voto particular ha tenido en cuenta lo que la Comisión Jurídica asesora había plasmado en su dictamen que hizo suyo y presentó como proyecto de ley el Sr. Ministro de Justicia, no acertando a comprender cómo la Comisión ha desvirtuado o ha suprimido en absoluto este artículo. Creo, por lo tanto, que como se puede ejercitar la acción de divorcio, bien por mutuo disenso o por una de las causas que determina el artículo 3º, bien está que cuando sea por una de las causas que determina el artículo 3º, no se necesite edad. La razón es la siguiente: porque además de estar representados los padres en el recurso correspondiente, está representado, también, y es parte que toma de una manera directa e inmediata su gestión, el Ministerio Fiscal, que representa a la Sociedad y a los menores. Pero cuando es por mutuo disenso, en el cual no es parte el Ministerio Fiscal, creo, por lo menos, deben ser los cónyuges mayores de edad; que tengan plena capacidad jurídica para pedir la disolución del vínculo matrimonial.

Por tanto, de este voto particular que yo he suscrito, puedo ahora, ante la Cámara, eliminar su última parte, que dice que no se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio. Y esto suprimido, queda única y exclusivamente la primera parte

que se formula en el voto particular y que solicito a la Cámara que tome en consideración (Un Sr. Diputado: dos años de la mayoría de edad, será)" (274).

Una interpretación correcta de éste artículo 4º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 nos lleva a establecer las siguientes conclusiones:

1º: Este artículo 4º de la Ley de divorcio se refiere a la capacidad procesal o actitud para realizar por sí actos procesales en el procedimiento de separación o de divorcio por mutuo disenso: La capacidad procesal es la proyección, en la esfera procesal, de la capacidad de obrar -concepto general que el derecho procesal se limita a recoger y aplicar al ámbito procesal- (275).

A este concepto se refiere el artículo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando habla de que "sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles"; de su contenido se desprende igualmente que "por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho".

Correspondiendo al derecho material determinar cuando una persona se halla en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, el Código civil nos dice que se encuentran en tal estado los mayores de edad no afectados por alguna de las restricciones de la personalidad jurídica -de la capacidad de obrar- a que se alude en su artículo 32, casos, por tanto, en que existe una imposibilidad de actuar por sí ante los Tribunales.

2º: Tienen capacidad procesal para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad no afectados por alguna restricción de la capacidad de obrar: los cónyuges sometidos a tutela conforme al artículo 200 del Código civil no tienen capacidad procesal para pedir el divorcio o la separa-

ción de personas y bienes por mutuo disenso por sí mismos, siendo necesario que por ellos comparezca en el procedimiento de separación o de divorcio por mutuo disenso sus "representantes legítimos", esto es, el tutor y, en caso de oposición de intereses entre este y el tutelado, el protutor, todo ello conforme a los artículos 262 y 236 del Código civil.

3º: Los cónyuges menores de edad no podrán comparecer en juicio para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por mutuo disenso sin la asistencia del padre, de la madre o del tutor, en sus respectivos casos, conforme a los preceptuado en los artículos 315 y 59 del código civil.

4º: No se podrá pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por mutuo disenso si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio.

El ejercicio de la acción de divorcio o de separación de personas y bienes por mutuo disenso, esto es cuando existe una voluntad auténtica y sincera de los cónyuges de divorciarse o separarse, prefiere, según constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ambos cónyuges pidan conjuntamente el divorcio o la separación de personas y bienes, sin que sea preciso alegar causa alguna que sirva de base a sus pretensiones, que fundan únicamente en su libre voluntad, ni que invoquen culpabilidad para alguno de ellos, siendo el procedimiento a seguir el establecido en la sección 3ª del capítulo 5º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, procedimiento que no admite contienda ni discusión alguna entre los cónyuges (276), sin que sea posible confundir ni equiparar la conformidad que en el trascurso del pleito manifiesten los cónyuges en divorciarse o separarse cuando se hubiese solicitado por éstos el divorcio o la separación por justa causa con la mutua conformidad o disenso que no puede declararse por los Tribunales más que al amparo y con arreglo al procedimiento establecido en la Ley de divorcio para este supuesto y, en este sentido, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1933: La esposa demandante formalizó

recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, que denegó la separación de personas y bienes en el matrimonio, fundándolo en la injusticia notoria comprendida en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de divorcio porque estando pedida la separación por ambos cónyuges legalmente debía haberse acordado y accedido a ella, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por considerar incide en notorio error ya que dicha conformidad no puede equipararse a mutuo disenso que el artículo 63 y ss. de la ley de divorcio regula:

"... Si bien la demandante, hoy recurrente, solicitó en el súplico de su demanda la separación de personas y bienes, y el marido demandado hizo igual petición en el súplico de su contestación, ésta conformidad no puede equipararse al mutuo disenso que el artículo 63 de la ley de divorcio regula, porque para la aplicación de éste artículo, esto es, cuando ambos cónyuges están conformes en separarse o divorciarse, en primer lugar deben pedirla conjuntamente, despues no es preciso alegar causa alguna que sirva de base a sus pretensiones, que fundan únicamente en su libre voluntad, ni puede invocarse culpabilidad para alguno de ellos, ni es el mismo el procedimiento a seguir, tan especial y diferente de todas las demás separaciones o divorcios, que el caso del artículo 63 es el único en que el juez las decreta y el único contra cuya sentencia no ha establecido recurso la ley, porque el juez no hace más que comprobar, asegurar y ratificar la firmeza y libertad del consentimiento de los cónyuges, sin contienda ni discusión alguna entre ellos, y como en el presente caso la separación se pidió aisladamente y en escrito distinto, se alegaron causas diferentes y se invocó por la mujer la culpabilidad del marido, es manifiesto que la Audiencia no incurrió en injusticia notoria al tramitar aquella petición conforme a los artículos 46 y ss. de la Ley, y sin sujetarse a los 64, 65 y 66, en cuanto a su concesión o desestimación" (277).

6.2.2.2. Ejercicio de la acción de divorcio o separación de personas y bienes por justa causa:

El artículo 5º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 disponía:

"El divorcio, mediante causa legítima, sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad" (278)

a) Capacidad para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por justa causa:

Suprimido por la Comisión el artículo 4º del proyecto de ley de divorcio, al aceptarse posteriormente el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), transcripción fiel y exacta del artículo 4º del proyecto de ley de divorcio, se establecen dos géneros distintos de capacidad procesal para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes, la capacidad procesal o actitud para realizar por sí actos procesales en el procedimiento de separación o de divorcio por mutuo disenso -artículo 4º de la ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932-, y la capacidad procesal o actitud para realizar por sí actos procesales en el procedimiento de separación o de divorcio por causa justa -artículo 5º de la ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932-

Tienen capacidad procesal para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por causa justa los cónyuges, sea cual fuere su edad, salvo que, naturalmente, estén sometidos a tutela conforme al artículo 200 del Código civil, con la excepción reseñada de que el Cónyuge menor de edad no precisa, por el mero hecho de la minoría de edad, que nadie le complemente su capacidad para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por causa justa (279), y la establecida, a su vez, por el artículo 7º de la Ley de divorcio conforme al cual "el cónyuge que esté sufriendo la pena de interdicción civil podrá pedir por sí mismo el divorcio alegando justa causa imputable

al otro cónyuge" (280): Ambas excepciones venían a derogar parcialmente las normas sustantivas y procesales que consagraban una restricción de la capacidad de obrar procesal de los menores de edad y de los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil. En los demás supuestos de sujeción a tutela de los cónyuges conforme al artículo 200 del Código Civil, no tiene capacidad procesal para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por causa justa por sí mismos, siendo necesario que por ellos comparezcan en el procedimiento de separación o de divorcio por causa justa sus "representantes legítimos", esto es, el tutor y, en caso de oposición de intereses entre éste y el tutelado, el protutor, todo ello conforme a los artículos 262 y 236 del Código Civil (281).

b) Legitimación para pedir el divorcio o la separación de personas y bienes por justa causa:

El artículo 5º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 establece tan sólo en beneficio del cónyuge inocente el ejercicio de la acción de divorcio o separación mediante causa legítima: Según constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el contenido de este artículo, que recoge el proverbio o brocado jurídico "turpendinem suam allegans non auditur", no tiene otro alcance que el de privar de acción al cónyuge que intenta el divorcio o la separación por causa imputable al mismo, impidiendo al cónyuge invocar "su propia culpa" para solicitar el divorcio o la separación, pues no se podía aceptar como norma jurídica el que la separación o el divorcio pudieran intentarse por culpas propias del peticionario y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1933 (282): Pero ello no podría ser obstáculo y, consecuentemente, no podría ser fundamento de negativa de acción para que se pudiera promover el divorcio o la separación por actos realizados por el otro cónyuge, o por ambos, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1933 (283).

Sí, conforme a esta doctrina del Tribunal Supremo,



el artículo 5º de la ley de divorcio no tenía ni podía lógica y éticamente tener otro alcance que el de privar de acción al cónyuge que actuare en petición de divorcio o de separación por causa imputable al mismo, sin que impudiera hacer eficaz en juicio la culpa del otro cónyuge, los cónyuges podían accionar en el pleito recíprocamente alegando uno y otro causas culposas y ser estimadas en el fallo por no ser posible jurídicamente las compensaciones de culpa ya que esas coculplabilidades dan vida a responsabilidades recíprocas e independientes: No ofreciendo duda alguna de el supuesto de invocación por cualquiera de los cónyuges de alguna de las causas de divorcio o de separación incluíble en el grupo de "discrepancia objetiva" por ser éstas, por definición, causas "sine culpa", y siendo constante y reiterada la doctrina jurisprudencial que admitía que el cónyuge incurso en alguna de las causas de divorcio o separación incluíble en el grupo de "discrepancia subjetiva" podía, a su vez, alegar la culpa del otro cónyuge por causa "culposa" distinta a aquélla en la que él mismo estaba incurso (284), se planteó la duda de si era dable la compensación de culpas cuando ambos cónyuges estuvieran incursos en una misma causa "culposa" de divorcio o separación, privándoles así de acción, duda cuyo origen está en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1933: En esta sentencia, el Tribunal Supremo, recogiendo las razones sentadas por el Tribunal de instancia al desestimar la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio invocada por el marido demandante en su demanda de divorcio, aprecia la compensación de culpas negando al marido la acción por esa causa en razón de ser culpable de actos de esa misma clase:

"... Que aparte de las razones que el Tribunal "a quo" tuvo en cuenta para la desestimación de la causa 1ª del artículo 3º de la ley de divorcio que el recurrente invocó en la demanda al apreciar que no había prueba suficiente para aceptarla, la razón que como definitiva sentó en el primer Considerando de la sentencia para llegar a esa conclusión, es que aun admitiendo que estuviera probado que la esposa demandada cometió adulterio, como lo está también, que de

igual modo se cometió por el demandante y por recurrente, en virtud de lo que dispone el artículo 5º de la citada ley, no puede ser amparado por ella concediéndosele el divorcio por esa causa pretende, en razón de ser culpable de actos de esa misma clase; y en tal sentido no se puede admitir que exista en cuanto a este motivo de revisión la causa de injusticia notoria que ha sido alegada" (285)

La doctrina aislada de esta sentencia es, no obstante, refutada por la jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo conforme a la cual, a los efectos de la Ley de Divorcio, que no se puede privar de la acción de divorcio o separación a un cónyuge por la circunstancia de estar él, a su vez, incurso en la misma causa "culposa" que imputa a su cónyuge, por no ser posible jurídicamente la compensación de culpas ya que esas coculpabilidades dan vida a responsabilidades recíprocas e independientes, y en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1934 y 14 de Marzo de 1935 (286).

Por otra parte, y de conformidad con el párrafo segundo del artículo 37 de la Ley de Divorcio, "corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones": Pudiendo ejercitarse la acción de divorcio o simplemente de la separación legal de los cónyuges por alguna de las causas enumeradas en el artículo 3º de la citada ley de Divorcio, al cónyuge inocente corresponde optar entre ambas acciones.

c) Ejercicio de la acción de divorcio o separación de personas y bienes por justa causa aun cuando el hecho en que se funda la petición del divorcio o separación se hubiese realizado antes de la fecha de promulgación de la Ley de Divorcio:

La Regla Transitoria 2ª de la Ley de Divorcio disponía:

"Podrá ejercitarse la acción de divorcio o separación aunque el hecho en que se funde conforme a esta Ley se hubiere

realizado antes de su promulgación" (287).

Conforme a esta Regla Transitoria de la ley especial de divorcio podía ejercitarse la acción de divorcio o separación por justa causa aun cuando el hecho en que se funde conforme a la misma se hubiere realizado antes de su promulgación por cuanto el efecto retroactivo establecido en esta Regla Transitoria lo autoriza y consiente de modo claro e indudable, y así lo señala igualmente la doctrina jurisprudencial (288).

(268) Artículo 22 del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: No habiéndose presentado enmiendas ni votos particulares al artículo 2º del dictamen, quedó éste aprobado con asentimiento de la Cámara: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3644.

(269) Una enmienda del Sr. Jaén al artículo 1º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía se añadiese al mismo párrafo del siguiente tenor: "También podrá disolverse por ministerio de la ley, y en los casos que se indiquen, entendiéndose que se excluyen la acción civil y la penal, exclusión que se tendrá en cuenta en la enumeración de las causas de divorcio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 111). No aceptándose por la Comisión la enmienda suscrita por el Sr. Jaén por entender que su contenido absolutamente procesal, está ya en diversos artículos del dictamen, el Sr. Jaén, en su defensa dirige a la Comisión varias sugerencias para que la tuviese en cuenta en la discusión de los distintos artículos del dictamen:

a) Una primera sugerencia es que, siendo evidente que, según el texto del dictamen, no puede ejercitarse la acción de divorcio más que por alguno de los dos cónyuges o por ambos en el caso de mutuo disenso, siendo así que el matrimonio no es una cosa meramente exclusiva de dos personas, que no pertenece únicamente a la sociedad conyugal, sino que la sociedad toda tiene o debe tener en los preceptos de esta clase una intervención, debe asimismo tener en algunos casos la iniciativa, por ministerio de la ley, de una acción social, cuando en beneficio público deba ser disuelto el matrimonio.

b) Una segunda sugerencia es que, una vez se promulgue la Ley de Divorcio, habrán de ser incompatibles la acción civil de divorcio por alguna de las causas determinada en aquella y la acción penal que la misma pudiera originar:

"... No han de ser muchas, Sres. Diputados y Sres. de la Comisión, las palabras que yo dedique a la defensa no de una enmienda, sino de una adición. Me ha de permitir la presidencia de la Comisión de Justicia que yo disienta un poco de su apreciación. No se encuentra el espíritu de mi enmienda intercalado en los artículos del proyecto que se presenta, porque de un modo taxativo y claro yo intento demostrar que la futura ley de Divorcio parte de un principio un poco ausente, no quiero decir del sentido moderno, sino del sentido libérrimo que hay que dar a una ley como ésta.

No es que yo intente censurar la ley de Divorcio, ni siquiera con mis adiciones retardar un momento la aplicación y promulgación de la ley; pero es lo cierto que aun estando precedida de un hermosísimo preámbulo y teniendo como tiene los tres motivos fundamentales para que los hombres de espíritu democrático podamos aceptarla (es decir, una ley que da en sus preceptos la máxima garantía a los hijos, que abrevia el procedimiento y que, comparada con otras actuales, es una ley que da completamente un sentido grande de libertad, porque acepta no ya las causas determinadas, sino la causa moderna de disidencia mutua), no tiene, sin embargo, lo que yo deseo. En primer párrafo, la acción recisoria de divorcio se atribuye, como en toda la ley, solamente a los cónyuges, ya a uno solo, ya a ambos,

por el disenso mutuo. Y yo quería afirmar en esta ley que el matrimonio no es una cosa meramente exclusiva de dos personas, que no pertenece únicamente a la sociedad conyugal, sino que la sociedad toda tiene o debe tener en los preceptos de esta clase de intervención, y en algunos casos la iniciativa, por ministerio de la ley, de una acción social, cuando en beneficio público deba ser disuelto el matrimonio.

Esto no es una cosa extraordinaria; no es que yo lo invente, y es evidente que en lo procesal de la ley que estamos discutiendo, no puede ejercer la acción más que alguno de los dos cónyuges o ambos en el caso de mutuo disenso. Yo pido también la intervención de la ley, que como el Sr. Salazar sabe, está en otros Códigos, como el austrohúngaro, donde puede ejercer la acción el que tenga la tutela del cónyuge demente (El Sr. Salazar Alonso pide la palabra). Ya sé a qué se va a referir S.S.; pero es que olvida que en nuestro Código civil la tutela del demente casado la ejerce su cónyuge. De modo que aquí se entrega la acción de divorcio sólo a los cónyuges, y hay un principio fundamental que yo quisiera que aceptara la Comisión y que va entroncado directamente con el espíritu de la ley.

Es evidente que estamos discutiendo la ley de Divorcio de un modo que podríamos llamar un poco desarticulado, porque la ley de divorcio es el complemento de un estatuto matrimonial, de una ley de Matrimonio, y, por consiguiente, tiene que tener una serie de interdependencias con las legislaciones penales, mercantiles y comerciales, de la misma manera que el voto femenino trasciende ya a los Códigos políticos.

El caso es éste: yo pregunto a la Comisión, como una sugerencia, como un adoctrinamiento para aclarar el punto: ¿Cree posible que, una vez promulgada en España la ley de Divorcio, pueden seguirse conjuntamente la acción penal de divorcio y la acción de justicia? En una palabra, para entendernos con mayor claridad: Una vez promulgada la ley de Divorcio, ¿puede seguirse considerando como delito el adulterio? ¿Puede serlo la bigamia?

Acaso se salga esto un poco de la discusión de la ley de Divorcio; pero este aspecto tiene que ser considerado. A mi juicio, no puede seguir incluido el adulterio en los artículos 48 y ss. del título correspondiente del Código penal, que dispone la prisión correccional, como tampoco puede prevalecer el famoso artículo 38 de la acción del hombre que tanto hemos intentado dulcificar en la ley y tanto hemos combatido.

No sé cómo se podrá colocar esto en un artículo predeterminado; pero la cuestión es que creo que la acción civil y penal se excluyen y que, una vez planteado en España el divorcio, el adulterio pierde su categoría de delito.

Tampoco esto lo invento yo; porque ya en el año 16 (la Comisión lo sabe), en plena Universidad española, con motivo del discurso de apertura, se sostuvo este criterio con plena valentía, no con una sugerencia propia y personal del que pronunciaba el discurso, sino tomándolo del sentido manifestado por los modernos tratadistas de Derecho. Garófalo llamaba a esto el delito político.

Únicamente quería llevar al ánimo de la Comisión estas sugerencias para que las tuviese presentes en todo lo que se relaciona con el articulado del capítulo primero, que es el único al que yo pienso aludir.

Es indudable que para presentar este proyecto, la Comisión (ya lo he dicho antes aplaudiendo el bellissimo preámbulo que le precede) ha tenido que estudiar todos los Códigos vigentes y de ellos habrá sacado el adoctrinamiento y la enseñanza; pero aquí se trata de una cosa personal y particular nuestra, que nada tiene que ver con el sentido teórico o teórico de unas personas que estudian la ley de Divorcio, sino con la parte práctica, o sea con la apelación ante los tribunales, y eso está bastante ausente del proyecto por lo que se refiere a las causas de divorcio, sobre todo en los artículos 2º y 3º. Un ejemplo de esto aparece en mi enmienda, a la cual quiero exclusivamente referirme, rogando a la Comisión que, cuando entienda que de ella me aparto, me llame la atención para no continuar. Aludo, por ejemplo, a la causa número 11 que yo quiero colocar en el artículo primero de la ley. Una de las causas de divorcio es la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años. Y yo pregunto a la Comisión. Compuesta como está por hombres doctos en la materia, ¿es que no sabe que en el moderno sentido penal ya no hay delincuentes, sino delitos? ¿Es que la pena de doce años por homicidio

puede compararse a penas inferiores por delitos de estafa o de robo, que infaman, y, por infamar, deben ser causa de divorcio? ¿Es que solamente puede sostenerse este criterio mecánico de los doce años y un día como justificación de que el cónyuge pueda proponer el divorcio?

Yo, cumpliendo mi palabra, no quiero consumir un turno en contra ni en pro del artículo primero, sólo intento llevar al ánimo de la Comisión estas sugerencias para que las tenga en cuenta cuando vaya discutiéndose, artículo por artículo y párrafo por párrafo, porque encuentro que en este sentido el proyecto de ley ha quedado un poco rezagado, tiene un poco de miedo. Así, por ejemplo, en el artículo 8º no os habéis atrevido a consignar como causa de divorcio la diferencia de cultos.

En ese mismo artículo 8º hay un poco de miedo, un poco de resistencia, y no habéis puesto lo que ya consta en artículos similares de otros Códigos, como el de Alemania o el de los Estados Unidos: lo que llamamos delitos sexuales, que pueden motivar la inconveniencia de una de las personas en el matrimonio.

Pero, como he dicho al principio, todas estas notas quisiera poder ir indicándolas artículo por artículo. Ahora me limito a estas sugerencias, a estas peticiones que hago a la Comisión bien entendido que el consumir este pequeño turno, que no es en pro ni en contra, sino la petición de una enmienda, no tengo el intento de retrasar la ley del Divorcio ni de adoctrinar a nadie, sino que me mueve un deseo de colaboración con todos, de mutua ayuda; porque esta ley conviene a todo el mundo por su sentido hondamente democrático y porque es una ley desvinculadora de los espíritus, porque viene a acabar con el viejo sentido dominador de los derechos de la Iglesia que durante tanto tiempo ha tenido sobre todos los españoles el dominio eminente de las almas y de los cuerpos. Este es el sentido de mi petición, y yo desearía que la Comisión tuviera en cuenta este sentido de colaboración que hay en mis palabras para una ley que considero digna de la Comisión, de la Cámara de la República" (Intervención del Sr. Jaén en defensa de una enmienda por él suscrita al artículo 1º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3642-3644).

Dos son las razones que, en nombre de la Comisión, alega el Sr. Salazar Alonso para rechazar la enmienda suscrita por el Sr. Jaén, una de pura sistemática por entender que, en su caso, el lugar adecuado de la misma es aquel en que se habla de las personas que pueden considerarse como parte de los pleitos de divorcio, y otra, de fondo, por entender que la misma es innecesaria porque lo en ella propuesto, aun cuando no se dijera en la ley, sería algo que estaría en el espíritu de la ley:

"... Desde luego insistimos en no aceptar la enmienda, y el propio Sr. Jaén, con el talento que siempre demuestra en sus intervenciones, acaba de dar los razonamientos para que no la aceptemos. Dice el art. 1º: "El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualquiera que hubiere sido la fecha y la forma de su celebración".

No dice quién lo ha de instar. Luego, hay un artículo 4º en el que se habla precisamente de quien se puede considerar como parte en estos pleitos de divorcio. Puede ser ahí el lugar de esta enmienda, no el artículo 1º. Pero aún así la creeríamos innecesaria. Y yo aprovecho esta ocasión para testimoniar la admiración que nos ha producido el proyecto de la Comisión Jurídica asesora, el cual sólo ha sufrido unos retoques por parte de la Comisión parlamentaria y en el que se ha tenido muy en cuenta toda la legislación española, aquellos preceptos que pueden desvanecer los escrúpulos del Sr. Jaén. Es decir, que lo que él propone, aunque no se dijera en la ley, sería algo que estaría en la esencia jurídica del momento. En todo caso, siempre sería el artículo 4º el lugar adecuado.

¿Qué duda cabe que el Ministerio fiscal, que tiene la tutela por imperio de una ley que no necesita reproducirse aquí y que tiene este cuidado social en todo instante, puede ser parte para instar el procedimiento? Por esto nosotros no aceptamos la enmienda: primero, porque es innecesaria, y segundo, por ser inadecuada al artículo que ahora se discute. Puede reproducirse por el Sr. Jaén en momento oportuno, si no comparte la opinión de esta Comisión.

El Sr. Jaén habla de otro artículo y señala como lo hicieron otros oradores, defectos,

omisiones o tendencias. Lo que yo subrayo (precisamente porque la Comisión parlamentaria no hizo sino retocar el proyecto de la Comisión Jurídica asesora, nos es permitido retocar el elogio) es que este es un proyecto que recoge tendencias diversas; que no se lanza por un sistema ni por otro, ni por la objetividad ni la culpa, sino que atendiendo a un sentimiento, a realidades de hecho, a posibles movimientos de la voluntad de los cónyuges, de una fórmula alta, elevada, sin prejuicios doctrinales, que puede ser la verdadera solución para los pleitos conyugales, que es lo que queremos evitar para atemperarnos a la Constitución, cuyo artículo, ya lo dijo el Sr. Quintana, nos parece inmejorable.

He aquí por qué nos oponemos a la enmienda; pero crea el Sr. Jaen que, oído con mucho interés, cuando se discuta algunos de los aspectos de que trata, con su cultura y su habitual maestría, lo que él diga será recogido o rechazado, pero contestado siempre con la atención que él merece por el individuo de la Comisión a quien, en el reparto del trabajo, corresponde hablar en cada caso y en cada momento" (Intervención del Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión, oponiéndose a la enmienda suscrita por el Sr. Jaen: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3644).

El Sr. Jaen, entendiendo que, si no en la colocación, sí en el fondo coinciden ambas posturas, retira su enmienda, dejándola únicamente como sugestión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3644).

Dejando aparte aquella sugerencia del Sr. Jaen según la cual habían de ser incompatibles la acción civil de divorcio por alguna de las causas determinadas en la Ley de divorcio y la acción penal que la misma pudiera originar, respecto a la otra que propugnaba pudiera ejercitarse en algunos casos, por ministerio de la ley, una acción social de divorcio cuando en beneficio público deha ser disuelto un matrimonio hay que decir que, descartada por absurda la posibilidad de una "acción popular" en materia, cabe preguntarse si podría concederse en determinados supuestos, como parece aceptar el Sr. Salazar Alonso, legitimación directa al Ministerio Fiscal para que, de oficio o a instancia de tercero, pudiera ejercitar en beneficio público una acción de divorcio: Dejando ahora el tema de la capacidad para instar la acción de divorcio y la necesidad de que determinadas personas por carecer de plena capacidad jurídica necesiten se cumpla su capacidad, creemos que el divorcio como institución jurídica no mira el interés público sino el particular de las partes; que el Ministerio Fiscal sea parte en el procedimiento de determinados supuestos contemplados en la ley especial de divorcio cuando existan menores de edad, ausentes o incapaces, no presupone su legitimación para instar en beneficio público la acción de divorcio, sino que su intervención en el proceso en estos supuestos se debe al interés de la ley en que queden protegidos los derechos de los menores, ausentes o incapaces, y no al interés general de la comunidad.

(270) Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo proponía la inclusión en el dictamen de un nuevo artículo, después del artículo 9º del dictamen, que según el voto particular debía pasar a ser artículo 10, y que llevaría por tanto el número 11, que diría así: "La acción de divorcio es irrenunciable y no podrá ser objeto de pacto" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108).

Leído por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117-, el Sr. Fernández Clérigo, en defensa del voto particular por él suscrito, señala:

"... Yo sé que este voto particular ha producido entre muchos juristas que lo han leído un fenómeno de estupor; pero a mí no me parece tan infundado como a mis compañeros. Yo declaro que la acción de divorcio es irrenunciable; pero hay que hacer una diferencia que a mí no me parece demasiado sutil: una cosa es no ejercitar una acción y otra es renunciar a la acción. Son cosas que los juristas distinguimos perfectamente; y por eso, una acción que puede ejercitarse o no ejercitarse, puede en cambio ser irrenunciable de un modo expreso y previamente, y esta es la distinción que yo establezco. Se me dirá seguramente que el voto particular peca de superfluo, porque tratándose de acciones que afectan al estado civil de las personas, sobre ellas no cabe transigir, ni caben pactos de renuncia de ningún género; seguramente se invocará a este fin el artículo 1817 del Código Civil, que impide transigir sobre el estado civil de las personas; pero yo me permito hacer observar que estamos elaborando una ley especial para el caso especial del divorcio y que esta ley ha de tener en su especialidad un rango preferente a toda

disposición de carácter general que enfrente de ella pudiera presentarse. Y este es un peligro que yo quiero evitar. Para evitar ese peligro me parece que esa declaración no peca de bizantina en la ley especial que estamos estudiando. Esto tiende a la evitación de litigios, de mejor o de peor fe, seguramente de peor fe, de malísima fe si se quiere; pero todo lo que sea evitar litigios de esta naturaleza es deber del legislador prevenirlo e impedirlo.

En unas declaraciones que se hagan en pactos o capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, puede tratarse de condicionar la acción de divorcio; puede hacerse una renuncia a tal o cual caso de acción de divorcio, y nos enredamos en unas disposiciones puramente jurídicas acerca de si, por no contener una disposición expresa la ley especial, puede o no ser objeto de pacto o renuncia la acción de divorcio. Esta es sencillamente la gufa que a mí me ha llevado a establecer este voto particular.

Por lo demás, si la redacción no fuese afortunada, y esto seguramente se refería al Sr. Gomariz, aunque yo, como siempre, me guío por pautas ajenas, porque tengo muy poca confianza en los merecimientos propios y he tomado parte de este artículo de una ley extranjera, no tengo inconveniente, siempre que el espíritu se mantenga, en variar el texto, la redacción, la letra del voto particular, y que sean contrarios a lo establecido en la ley. De esto yo no hago cuestión cerrada. Si la Comisión entiende suficientemente explicado el voto y aceptable, con las modificaciones que su juicio le sugiera, habremos venido a dotar a la ley de esta previsión para las contingencias que en su desenvolvimiento se le pueden presentar en el porvenir" (Intervención del Sr. Fernández Clérigo en defensa del voto particular por él suscrito: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3843).

El Sr. Moreno Mateo, que interviene en nombre de la Comisión, se realte, para rechazar el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, a aquellas razones jurídicas que el mismo Sr. Fernández Clérigo había alegado en defensa del voto particular por él suscrito:

"... Brevísimamente, Sres. Diputados, porque en realidad el Sr. Fernández Clérigo ha expuesto ya con claridad meridiana las razones que a su juicio abonan la admisión del voto particular. Pero también ha dicho las razones jurídicas, que son las mismas que la Comisión tendría que mencionar, para que el voto particular no fuese admitido. Nosotros Sr. Fernandez Clérigo, no podemos confundir, desde luego, la renuncia de la acción con el no ejercicio de la acción. Es indiscutible. Ahora, hemos de hacer observar a S.S. que si se renuncia a la acción lógicamente se renuncia a su ejercicio; y si la acción es irrenunciable, como así debe entenderse (y no quiero extenderme en esto, porque he empezado por decir que el mismo Sr. Fernández Clérigo ha mencionado el artículo 1817 del Código civil); si la acción es irrenunciable en todo lo que se refiere al estado civil, es decir, si es cierto que la ley tiene una especie de carácter tuitivo, de tutela, allí donde deba haber una situación de privilegio en favor del débil, como ocurre también en la legislación social, es lógico suponer que en todos estos casos es irrenunciable el derecho que la ley concede, y, por consiguiente, no pueden establecerse pactos que vayan en contra de lo dispuesto en la ley, así como no puede prevalecer contra la ley ninguna observancia que pueda establecerse, incluso por la costumbre, en contra de lo determinado en la ley misma.

¡Para qué voy a extenderme más! La Cámara conoce las razones por las cuales la Comisión cree que es absolutamente superfluo el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, y espera que, con su buen sentido y con sus votos, determine si ha de ser admitido o no, porque la Comisión cree que está perfectamente clara la cuestión" (Intervención, en nombre de la Comisión, del Sr. Moreno Mateo para oponerse al voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3843-3844).

Habiéndose rechazado por la Cámara el voto particular del Sr. Fernández Clérigo (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3844), fue retirado por sus firmantes un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) que se leyó por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117- (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3853), en el que se proponía la inclusión de un nuevo artículo 11 bis en el texto del dictamen con la consiguiente redacción: "La acción de divorcio es irrenunciable, prohibiéndose los pactos en contrario" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106).

(271) a) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1818-: Demanda la esposa alegando la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, y absuelto el marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria de la sentencia dictada por el Tribunal de instancia por error en las pruebas, señalando un documento privado por el que los esposos convinieron entablar demanda de divorcio por mutuo disenso, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo que entiende que dicho documento privado carece en absoluto de eficacia desde el momento en que se interpuso por la esposa la actual demanda:

"... Sin que, en contra, quepa alegar el documento privado, fechado en Sabadell en 8 de Diciembre de 1932, por el que los esposos convinieron en entablar demanda de divorcio por mutuo disenso, porque carece en absoluto de eficacia jurídica desde el momento que se interpuso la actual demanda".

b) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1855-: Demanda la esposa alegando las causas 1ª, 4ª, 7ª y 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, oponiéndose el marido a la demanda alegando que negaba los hechos alegados de contrario por existir un documento firmado por ambos cónyuges en el que convenían la separación y vida independiente y bajo distinto techo, comprometiéndose recíprocamente a no molestarse, cualquiera que sea el género de vida que cada cual adopte en lo sucesivo; habiendo decretado la Sala de instancia el divorcio de los cónyuges con culpabilidad del marido demandado, interpone éste contra la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" recurso de revisión por injusticia notoria fundado en que la Sala sentenciadora prescindió de las estipulaciones pactadas libremente por los cónyuges en el citado documento siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo que entiende que dicha manera de convenir la norma de conducta a seguir el matrimonio, mientras legalmente subsista, no puede enervar los derechos que la ley concede a cada cónyuge para hacerlos valer ante los Tribunales cuando se consideren en el caso de utilizarlos, estando éstos por encima de los acuerdos que en contrario pudiera llegarse entre los cónyuges:

"... Que el fundamento del presente recurso estriba en que, a juicio del recurrente, la Sala sentenciadora ha prescindido de las estipulaciones pactadas libremente por los cónyuges litigantes que aparecen en el documento privado obrante al folio 41 de los autos, estimando que incurrió en injusticia notoria al apartarse de lo convenido en el mismo; pero como quiera que ese convenio que en su segunda cláusula establece la separación y vida independiente y bajo distinto techo, de los esposos, comprometiéndose recíprocamente a no molestarse, cualquiera que sea el género de vida que cada cual adopte en lo sucesivo, concepto que se reitera en la octava al decir que desde el momento en que se suscriba este documento, tendrán ambos cónyuges libertad completa de acción así respecto a su persona como a sus bienes, pudiendo en su virtud obrar con independencia sin restricciones de clase alguna, esta manera de convenir la norma de conducta a seguir el matrimonio, mientras legalmente subsista, no puede enervar los derechos que la ley concede a cada cónyuge para hacerlos valer ante los Tribunales cuando se considere en el caso de utilizarlos; y al plantearse este pleito y estimar el Tribunal "a quo" sin desconocer el documento de que queda hecho mérito, que la actora ha justificado cumplidamente la concurrencia de las causas 4ª, 7ª y 8ª que alegó para solicitar el divorcio, no cabe apreciar que por ellos cometió injusticia notoria que según tiene declarado con reiteración esta Sala, alcanza otro ámbito completamente distinto al que puede originar una diferencia de criterio en orden a la estimación e interpretación de las cláusulas contractuales de que se trata, armonizándolas con el resultado de las pruebas del pleito para declarar si hubo o no motivo para acordar el divorcio al amparo de los preceptos de la ley; pues sean cuales fueren los términos de amplitud de libertad que los cónyuges pactaron para regir su vida, mientras el matrimonio subsista, si realizara cualquiera de ellos actos de los que el artículo 3º de la Ley de Divorcio establece como causas para concederlo no cabe duda de que aquella separación pactada no es óbice para que se pueda pedir y obtener el divorcio con todas las consecuencias que la ley determina concretamente en cada caso: y a las que hay que atender por encima de los acuerdos que en contrario se pudiera llegar entre marido y mujer, si éstos se hallaran en pugna con las prescripciones legales aplicables".



c) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 531-: Demandan la esposa y el marido, aquella solicitando la separación de personas y bienes por la causa 3ª del artículo 36 de la Ley de Divorcio, y éste solicitando el divorcio por la causa 10 del artículo 39 de la misma, negando, en trámite de contestación de sus respectivas demandas, la esposa los cargos que se le hacían, y oponiendo el marido que la separación debía ampliarse al divorcio por haberlo así convenido los cónyuges en documento privado; decretada la separación de los cónyuges por la causa alegada por la esposa, el marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria de la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo que reitera la doctrina ya establecida en sentencia de fecha 16 de Octubre de 1935 conforme a la cual el que los cónyuges hayan convenido plantear el divorcio de común acuerdo no es obstáculo mientras no se haya puesto en práctica para que cualquiera de ellos pueda ejercitar la acción de divorcio o separación alegando justa causa:

"... Según tiene declarado esta Sala en la reciente sentencia de 16 de Octubre próximo pasado, el que los cónyuges hayan convenido plantear el divorcio de común acuerdo no es obstáculo mientras no se haya puesto en práctica -sean los que fueren los términos de amplitud de libertad que los cónyuges pactaran y en tanto el matrimonio subsista para que cualquiera de ellos puede ejercitar la acción de divorcio o separación de personas y bienes alegando justa causa, doctrina que en el caso presente es de mayor amplitud si se tiene en cuenta que marido y mujer vinieron tácitamente a renunciar dicho pacto presentando sendas demandas fechadas en el mismo día 27 de septiembre de 1934, pidiendo el marido el divorcio y la mujer la separación de bienes por las causas que alegaron".

(272) Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según disponía el artículo 37 de la Ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta Ley" -"Ejercicio de la acción de divorcio", artículo 4 a 10- (Este párrafo primero del artículo 37 de la Ley de Divorcio coincidía en su redacción con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(273) Voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) proponiendo un artículo antes del artículo 49 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de divorcio, transcripción fiel y exacta del artículo 49 del proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 29 al NUM. 106, y Tomo VI, p. 3835.

(274) Intervención del Sr. Villanueva en defensa del voto particular por él suscrito: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3834.

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo dirigido igualmente a restablecer el artículo 49 del proyecto de ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 39 al NUM. 106), y que se leyó por segunda vez a continuación del voto particular suscrito por los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), fue desechado por el Sr. Presidente de la Cámara al no hallarse en la misma el Sr. Fernández Clérigo (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3835). Aceptado por la Cámara el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), fue retirado por el Sr. Martínez Moya un voto particular suscrito por el mismo y por el Sr. Villanueva en que se proponía en restablecimiento del artículo 49 del proyecto de ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 69 al NUM. 107, y Tomo VI, p. 3835).

De igual modo se retiró por el Sr. Martínez Moya un voto particular por él suscrito en que formulaba un criterio transaccional dentro de la discusión mantenida en el seno de la Comisión conforme al cual se hacía una distinción para que los menores de edad pudieran solicitar el divorcio con el asentimiento de sus padres, por ser aceptado igualmente este criterio. Conforme al mismo, la redacción del artículo 49 del dictamen quedaría del siguiente modo:

"Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad y los menores que lo soliciten con la intervención de las personas que suplan su capa-

ciudad en igual de condiciones que para contraer matrimonio. No se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUN. 115 y Tomo VI, p. 3835).

(275) La capacidad de obrar procesal es "la que se reconoce, a los sujetos con capacidad de obrar civil, como aptitud para comprender la transcendencia de los actos procesales y para hacerse cargo de sus consecuencias, como también para realizar válidamente tales actos": Prieto-Castro y Ferrandiz, Leonardo, "Derecho procesal civil", vol. I, 3ª ed., p. 65. Tecnos, Madrid, 1978.

(276) "... Que el segundo y último motivo se apoya en la causa 3ª de tan repetido artículo 57, y encuentra la recurrente el vicio de injusticia notoria, primeramente en que el Tribunal de instancia debió de decretar el divorcio por haberlo solicitado ambos cónyuges, infringiendo, a su juicio, los artículos 2º y 4º de la ley de 2 de marzo de 1932, pero incide en notorio error porque olvida que el mutuo disenso requiere procedimiento distinto al actual, cual es el establecimiento en el artículo 63 y ss. de la indicada ley...": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 476 bis- "... Que no se instó por los litigantes el procedimiento que para el divorcio por mutuo disenso señalan los artículos 63 y ss. de la ley de 2 de marzo de 1932; y por lo tanto, no pudo declarar la Sala sentenciadora dicho divorcio; sin que fuera suficiente para ello el mero hecho de que las partes, por unas u otras razones, coincidieran en algunas de las causas que alegaron en sus respectivos escrito; y sin que sean de tener en cuenta las manifestaciones que se hacen al principio del escrito de interposición del recurso de revisión, de que el matrimonio de referencia pueda o no "recomponerse" por una sentencia de "no haber lugar al divorcio", porque eso no es de la incumbencia de la Sala": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia de 1934, Aranzadi, 46-; "... En cuanto al recurso del marido, fundado también en injusticia notoria, tampoco puede ser estimado, ya que no cabe admitir que al solicitar la mujer la separación y el marido en reconvencción el divorcio, hayan coincidido ambos cónyuges y estén por lo menos en la separación a la que debió acceder la Audiencia, porque, en primer lugar, esa mutua conformidad con obligación legal de decretarla no puede declararse por los Tribunales más que al amparo y con arreglo al procedimiento de los artículos 63 y ss. de la Ley de Divorcio, que no admiten contienda ni discusión alguna entre los cónyuges": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 738-; "... Que tampoco pudo incurrir la Sala en la infracción del mismo artículo 36, en su número 1º, denunciada en el motivo cuarto del recurso por no haber dado lugar a la separación de personas y bienes a pesar de solicitarla ambos cónyuges, el marido en su demanda y la esposa en la reconvencción, pues es obvio que, como ha declarado este Supremo Tribunal en sentencias de 8 de noviembre de 1933 y 5 de abril de 1934, la mutua conformidad o disenso no puede declararse por los Tribunales más que al amparo y con arreglo al procedimiento especial de los artículos 63 y ss. de la Ley de Divorcio, que no admiten contienda ni discusión alguna entre los cónyuges, aparte de que no puede entenderse, que haya conformidad ni coincidencia cuando cada uno de ellos, como sucede en el caso actual, funda su petición en motivos y en hechos distintos, que llevarían consigo pronunciamientos divergentes": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1023-; "... Que la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 8 de noviembre de 1933, 5 de abril de 1934 y 14 de mayo de 1935, tiene establecido que la mutua conformidad o disenso no puede declararse por los Tribunales más que al amparo y con arreglo al procedimiento especial de los artículos 63 y ss. de la Ley de Divorcio, que no admiten contienda ni discusión alguna entre los cónyuges; y como el régimen de la Ley de Divorcio, al establecer distintos procedimientos formales para solicitar el divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno solo, ofrece absoluta claridad, no es lícito desvirtuarlo con interpretación derivadas del espíritu animador de la ley y del principio contenido en el artículo 43 de la Constitución de la República, que sin razón se citan como infringidos en el motivo tercero del propio recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 968-.

(277) Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1586-.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1740-: "... Que, según tiene declarado esta Sala, en sentencia de 29 de Marzo último, no debe confundirse ni equipararse la conformidad que en el transcurso del tiempo manifiestan los cónyuges en divorciarse, o separarse, que necesita justa causa alegada y probada, con el mutuo consentimiento, que regula el artículo 63 de la ley, y que no requiere pleito ni causa, sino "voluntad auténtica y sincera" de divorciarse o separarse".

(278) Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según disponía el artículo 37 de la Ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el Capítulo II de esta Ley" -"Ejercicio de la acción de divorcio": artículos 4 a 10- (Este párrafo primero del artículo 37 de la Ley de Divorcio coincidía en su redacción con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la Sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(279) Una enmienda del Sr. Casanueva al artículo 48 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía una nueva redacción de este artículo que diría: "El divorcio mediante causa legítima sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente mayor de edad. El mayor de 18 años y menor de edad podrá solicitarlo previo el consentimiento de las personas que hubieran de darlo para contraer matrimonio.

Los menores de 18 años no podrán solicitar el divorcio vincular" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 109).

En defensa de la enmienda por él suscrita el Sr. Casanueva alude a nuestro ordenamiento jurídico conforme al cual el menor de edad, emancipado por matrimonio, no puede acudir a los Tribunales, en ningún caso, sin el consentimiento del padre, de la madre o de su tutor:

"... Muy pocas palabras, porque no me gusta hacer perder el tiempo ni perderlo tampoco. Se funda mi petición de que el menor de edad no pueda pedir el divorcio sin el consentimiento de las personas que hubieran de darlo para contraer matrimonio, en que en toda nuestra legislación civil está considerado el menor de edad, emancipado por matrimonio, como sujeto a restricciones en su capacidad civil, y una de ellas es la de no poder acudir a los Tribunales, en ningún caso, sin el consentimiento del padre, de la madre o de su tutor: de manera que en nuestra legislación el emancipado por matrimonio, menor de edad, no puede ni acudir al Juzgado municipal en un juicio verbal civil a litigar 50 pesetas; necesita el permiso del padre, de la madre o del tutor (El Sr. Alvarez Buylia: ¿Cómo permiso? Necesita completar su personalidad). Perdone S.S.: el emancipado por matrimonio, menor de edad, tiene capacidad "per se"; no necesita complementarla más que con el consentimiento: si es menor de 18 años, necesita que le representen (El Sr. Alvarez Buylia: Los artículos 2º y 3º de la ley de Enjuiciamiento civil, le prohíben en absoluto comparecer en juicio). ¿El artículo 3º del Código civil? Vamos a verlo (El Sr. Alvarez Buylia: De la ley de enjuiciamiento civil). Perdoneme S.S.: la capacidad de los españoles sujetos al Derecho Común se rige por el Código Civil. Vamos a ver el artículo. "Art. 3º: Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario".

Veamos el artículo que se refiere a los emancipados por matrimonio; tengo un idea que es hacia el 58 "Art. 59: El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario. Si fuese menor de 18 años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas" (El Sr. Alvarez Buylia: Asistencia, que no es permiso.- El Sr. Villanueva: ¿Si esta ley modifica el Código civil?). Está bien, pero no la hemos aprobado.

Lo que quiero decir al Sr. que me ha interrumpido es que el menor de edad emancipado por matrimonio o por concesión del padre o de la madre comparece por sí en juicio, bastándole el consentimiento; como puede comprobar o vender con permiso del padre; es decir que obra por sí (El Sr. Alvarez Buylia: Lo que quiere decir es que el menor de 18 años no

puede comparecer con permiso, como dice S.S.). Yo hablaba del emancipado menor de 23 y mayor de 18 años (El Sr. Alvarez Buyla: Ahora). Ahora y antes decía si el menor de edad emancipado no puede comparecer en juicio verbal civil para discutir 50 pesetas, ¿le vamos a autorizar a que comparezca en juicio nada menos que para disolver la sociedad conyugal? ¿No parece lógico que, puesto que es preciso el consentimiento del padre, de la madre o del tutor para contraer matrimonio, para deshacerlo se necesite el consentimiento de esas personas? ¡Señores, que un menor de 18 años no puede ni discernir! Es una locura; no puede darse cuenta de las consecuencias (Rumores e interrupciones)) Yo digo: el menor de edad, emancipado por matrimonio, no tiene capacidad para comparecer en juicio ni para disolver la sociedad conyugal, y por ello solicito de la Cámara que acepte mi enmienda" (Intervención del Sr. Casanueva en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3835-3836).

El Sr. Gomariz, en nombre de la Comisión, rechaza la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva por entender que esta Ley modifica en este sentido no sólo el contenido sustantivo del Código civil sino hasta la Ley de Enjuiciamiento civil, dejando claro la posición de la Comisión en el sentido de no precisar el cónyuge menor de edad que solicita el divorcio o la separación de personas y bienes por causa justa que nadie le complementa su capacidad:

"... La Comisión no acepta la enmienda del Sr. Casanueva, porque ha establecido dos géneros distintos de capacidad para solicitar el divorcio: aquel por mutuo disenso que estatuye la necesidad de la mayoría de edad y el divorcio por causa legítima, que lo puede pedir cualquiera de los cónyuges, y saliendo al paso de cualquiera interpretación, que declaro que hasta en algunos miembros de la Comisión ha podido aletear en algún momento, entiendo (me parece que la Comisión lo entiende también) que esta ley modifica en este sentido, no sólo el contenido sustantivo del Código civil, sino hasta la ley de Enjuiciamiento civil. Por eso cren, lo declaro así y estimo que la Comisión opina lo mismo por mayoría, que no precisa el cónyuge menor de edad que alega divorcio por justa causa que le complementa nadie la capacidad; porque, además, Sr. Casanueva, no es posible que aquellas cosas de teología moral, que son en definitiva las que reglamentan la ley de Divorcio, pueden proceder para completar la incapacidad del que en circunstancias normales puede pedirlo en otra relación de derecho. Está bien que para solicitar el matrimonio se complementa la capacidad; lo que no puede ser posible es que para disolver ese vínculo, perfectamente personal, haya necesidad de completar esa capacidad". (Intervención del Sr. Gomariz, en nombre de la Comisión, para oponerse a la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3836).

En turno de rectificación, el Sr. Casanueva insiste en los argumentos expresados con anterioridad:

"... Ya sabía yo que esta ley modificaba el Código civil, en cuanto a capacidad, por eso lo hice recalcar, como lo modifica en muchos casos referentes a los bienes de los cónyuges; pero quiero que la Comisión piense una cosa: ¿Por qué al casado menor de edad se le exige el permiso del padre o de la madre, aunque no sea nada más que para vender una finca? ¿Green sus señorías que es un negocio de tan poca importancia el divorcio? (El Sr. Gomariz: No es lo mismo). Es mucho más importante deshacer el matrimonio (El Sr. Gomariz: Su señoría está acostumbrado a presencias contratos nada más de venta y transmisión). De mucha menos importancia que el matrimonio; y si para una cosa de tan poca importancia, como es un contrato, necesita el menor la autorización del padre o de la madre, parece lógico que para asunto de tanta trascendencia como deshacer la familia, decidir la suerte de los hijos y la distribución de los bienes, se requiera el consentimiento de los padres, tanto más cuanto que se da el caso de que la mayoría de edad, aunque en casi toda España es a los 23 años, en algunos otros sitios es a los 20 o a los 25, y el que se haya casado a los 18 o a los 20 años, que es una edad normal para contraer matrimonio, ¿es mucho que espere 3 años para ser mayor de edad, si los padres no quieren concederle la autorización? ¿Es que los padres tendrán miras tan egoístas que van a prohibir al hijo o a la hija que pida el divorcio cuando vean justa causa? ¿Es que el amor de los padres va a ser tan deleznable que solo por una cuestión de preocupación van a negar ese permiso? Reflexionen SS.SS. (Intervención del Sr. Casanueva en turno de rectificación

en contestación al Sr. Gomariz: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3836).

Una breve intervención del Sr. Gomariz pondría punto final a esta discusión, rechazándose, a continuación, por la Cámara la enmienda del Sr. Casanueva, quedando aprobado el artículo 4º del dictamen:

"... ¿Cree el Sr. Casanueva que es moral, y se puede discutir ni siquiera un momento, que cuando existe, por ejemplo, la causa de adulterio en el matrimonio de los menores de edad y el padre o la madre, por un bien o mal entendido sentido de moralidad, no quieren que se plantee el divorcio, se deje sometido el matrimonio a esa persistencia de adulterio hasta que lleguen a la mayoría de edad?" (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3836).

(280) Artículo 7º del proyecto de ley de divorcio y 6º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: En la sesión del día 17 de febrero de 1932 -NUM. 17- quedó aprobado sin discusión el artículo 6º del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3836).

Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según disponía el artículo 37 de la Ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta Ley" -"Ejercicio de la acción de divorcio": artículo 4 a 10- (Este párrafo primero con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(281) Conforme al artículo 262 del Código civil, "el tutor representa al menor e incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la Ley pueden ejecutar por sí solos" (Cfr. artículos 213 ss. y 221 ss. del Código civil).

En este sentido, el párrafo primero del artículo 40 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 disponía: "Por los incapacitados, a tenor del artículo 213 del Código civil, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia" (Párrafo primero del artículo 41 del proyecto de ley de divorcio y párrafo primero del artículo 38 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 38 del dictamen fue aprobado sin discusión en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(282) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 554-: En su demanda, la esposa había pedido la separación de personas y bienes apoyándose en algunas de las causas del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, y habiéndose decretado aquella por el Tribunal de instancia, el marido demandado interpone contra dicha sentencia recurso de revisión por injusticia notoria fundándose en que no se había dado lugar en la misma al divorcio que por dichas causas alegadas por la esposa había solicitado el demandado, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo:

"... Que no es problema el que dice plantear la parte recurrente, relativo a si, pedida solamente la separación de personas y bienes por la actora, apoyándose en alguna de las causas comprendidas en el artículo 3º de la citada Ley, puede el cónyuge demandado solicitar que la misma causa demostrativa de su culpa le sirva para en ella fundar la declaración del divorcio vincular; pues con toda claridad responde lo ordenado en el artículo 5º de la precitada Ley, al establecer tan sólo en beneficio del cónyuge inocente el ejercicio de la acción, y esto aparte de la inmoralidad que arguye la comisión deliberada de una grave falta, con el probable designio de, por ella, alcanzar un galardón insultante y vejatorio de la rectitud y fidelidad del cónyuge agraviado".

(283) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 816-: "... Que el artículo 5º de la vigente ley sobre divorcio, recogiendo el proverbio o brocado jurídico "turpendinem suam allegans non auditur", impide al cónyuge culpable invocar su "propia culpa" para solicitar el divorcio; pero, aunque se dé en él aquella condición, no es obstáculo para que pueda promover la separación o el divorcio por actos realizados por el otro cónyuge por ambas partes, como ocurre en la causa número 12 del artículo 3º de aquella ley, por lo que no puede estimarse la falta de acción que el recurrente atribuye

a la actora, toda vez que ésta no alegó "su culpa", sino la de su esposo; no habiendo en ocasión alguna, autorizado este Tribunal la tesis del recurrente, ya que, en la sentencia de esta Sala de 24 de diciembre de 1932, que se cita en el escrito formalizando la revisión, se razonó y resolvió sobre el fondo del asunto, sin formar juicio acerca de aquella excepción, solamente acogida por el juzgador de instancia".

(284) Así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2191-: Habiendo solicitado la esposa en su demanda la separación de personas y bienes por las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, el Tribunal de instancia desestima la demanda por falta de acción de la actora por encontrarla a su vez, incurso en la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley de Divorcio, causa que ni tan siquiera fué pedida en formal reconvencción por el marido demandado; interpuesto por la esposa recurso de revisión por injusticia notoria de la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" fundado en la desestimación de la causa de adulterio por negativa de acción a la actora su eficaz ejercicio, es estimado su recurso por el Tribunal Supremo que establece la siguiente doctrina al respecto:

"... Que denegadas en la sentencia recurrida las dos causas, 1ª y 8ª del artículo 3º en relación con el número 2º del artículo 36 de la Ley de Divorcio, aducidas por la esposa demandante como base de su pedimento de separación de personas y bienes, sólo se funda el presente recurso de injusticia notoria en la desestimación de la causa de adulterio por negativa de acción a la actora para su eficaz ejercicio; siendo los particulares fundamentos que para la revisión se alegan el planteamiento de las cuestiones siguientes: ... si los hechos que la Audiencia afirma realizó la esposa como integrantes de la citada causa 8ª, cuando la estimación de ésta como motivo de divorcio o separación no fue pedida en formal reconvencción por el esposo, pueden ser apreciados por el juzgador, al solo efecto de tener a la demandante por cónyuge culpable y negarle acción para actuar por la causa 1ª.

Que si bien en la reprochable conducta de la esposa demandante, afirmada en el Considerando cuarto de la sentencia recurrida, se condensan más que sobrados elementos para componer la 8ª de las causas de divorcio, como el esposo víctima de aquel proceder no reconvinó ni accionó por ella, no puede tal causa juzgar en este procedimiento contra la actora ni ser fundamento de la negativa de acción para pedir la separación de personas y bienes por otras causas en las que no le sea a ella imputable culpabilidad alguna, ya que el contenido del artículo 5º de la Ley de Divorcio no tiene ni podía lógica y éticamente tener, otro alcance que el de privar de acción al cónyuge que se aventure a intentar el divorcio o la separación por causa culposa del mismo: pues no se puede aceptar como norma jurídica el que la separación o el divorcio pudiera ser instado por culpas propias del peticionario".

A esta doctrina se remite la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1059-: Habiendo solicitado la esposa demandante el divorcio por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, el esposo demandado reconviene por las causas por las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la citada Ley; el Tribunal de instancia dicta sentencia declarando no haber lugar al divorcio solicitado por ambos cónyuges, pues al ser ambos culpables carecían de derechos para ejercitar su acción; interpuesto por ambos cónyuges recurso de revisión por injusticia notoria de la sentencia dictada por el Tribunal "a quo", y caducado el de la esposa, el Tribunal Supremo examina, resuelve y estima el deducido por el marido demandado:

"... Que al declarar expresa y terminantemente el Tribunal "a quo", apreciando la resultancia de las pruebas practicadas -sin que, al hacerlo, incurra en evidente error de hecho- que la esposa del recurrente sostuvo relaciones ilícitas con otros hombres, no consentidas por el esposo, y que observó conducta inmoral, estando incurso en las causas 1ª y 8ª de la Ley de 2 de Marzo de 1932 por lo que procedía declararla cónyuge culpable del divorcio y al no decretar, sin embargo, el divorcio solicitado, porque al declarar también cónyuge culpable al esposo, por estar comprendido en la causa 7ª de la mencionada ley, alegada por su consorte, carecía de derecho para ejercitar su acción por imperio del artículo 5º de la misma, incide en palmaria y flagrante transgresión de derecho, ya que, conforme

tiene establecido este Tribunal Supremo, el referido artículo, inspirado en el postulado jurídico "turpitudinem suam allegans nemo auditur", solamente impide al cónyuge invocar su propia culpa como determinante del divorcio; aparte de que el extraño criterio del juzgador de instancia conduciría a anular los efectos del artículo 3º de la repetida Ley, según el cual, en la sentencia que recaiga en esta clase de juicios, la Sala debe declarar culpable cuando proceda, al cónyuge que hubiere dado causa al divorcio o, a los dos, en su caso".

(285) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1685-.

(286) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 1145-: "...Que doña M.L. interpuso el recurso de revisión establecido en el número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 por estimar que la sentencia de la Audiencia de Valladolid desestimando la demanda de divorcio fundada en la causa 4ª, 7ª y 8ª del artículo 3º de la Ley que, contra su esposo don P.F., había promovido, incurrió al no apreciarlas en la injusticia notoria prevista en el número y precepto legal antes citado; y es lo cierto que, si bien la revisión por esta Sala efectuada de la prueba practicada en el pleito pone de manifiesto la racional y lógica apreciación que de ella hizo la Audiencia de Valladolid para negar la concurrencia en el caso de autos de las referidas causas de divorcio 4ª y 8ª del artículo 3º de la Ley, alegadas en la demanda, como no obstante estimar acreditada la sentencia impugnada, por el testimonio coincidente y uniforme de cuantos testigos presento la demandante, que el demandado hizo a su esposa objeto de malos tratos, integrantes de la causa 7ª del mencionado artículo 3º, según confirma el examen de las pertenecientes probanzas sobre el particular verificado por este Tribunal, el fallo combatible es que incide aquél en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 y que procede acoger el recurso de revisión interpuesto contra él por dicha señora porque la sentencia recurrida no hace la debida aplicación del precepto legal atinente a la situación de hecho por ella afirmado, puesto que, no puede privar a doña M.L. de la noción de divorcio que por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley entabló, impugnada a su marido, la circunstancia de que la actora, a su vez, en alguna ocasión distinta de las en que se produjeron los hechos que atribuyó a su esposo y no en retorsión de ellos, fuese condenada por maltrato a su marido por virtud del ejercicio de la acción que en el Juzgado Municipal éste promoviera, ya que, a los efectos de la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio por doña M.L. alegada, no ha podido existir esa supuesta compensación de la acción conforme a ella promovida por la parte actora con la que originaron otros hechos no concomitantes con los de la demanda, y que el demandado no ejerció siquiera reconviniendo en el pleito".

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 593-: La esposa demanda entre otras causas, por la causa 7ª del Artículo 3º de la Ley de divorcio, decretándose éste por el Tribunal de instancia; interpuesto por el Ministerio fiscal recurso de revisión por injusticia notoria de la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" fundándose en la falta de acción de la parte actora por cuanto los malos tratos eran mutuos, el Tribunal Supremo desestima su recurso aplicando al caso la doctrina ya contenida en la Sentencia de este Tribunal de 27 de Junio de 1934:

"... Que aquietados los esposos litigantes con la sentencia de instancia, interpuso contra ella recurso de revisión por injuria notoria al Ministerio fiscal, al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de divorcio, fundándose en estimarse en aquélla como constitutivos de la causa 7ª del artículo 3º de dicha Ley los maltratos inferidos por el marido a la esposa, no obstante ser mutuas las agresiones entre los cónyuges; mas como la sentencia recurrida, sólo concreta, después de afirmar las del esposo, que en otras ocasiones era la autora la mujer, sin que de nada se diga de la reciprocidad simultánea de los malos tratos, es de imperiosa aplicación al caso la doctrina de este Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Junio de 1934 que establece que no se puede privar a la víctima de malos tratos de la acción de divorcio por la causa 7ª citada, por la causa 7ª citada, por la circunstancia de haber sido ella autora a su vez de hechos similares, en alguna ocasión distinta de las en que se produjeron los aducidos como base de su pedimento y no en retorsión de las opuestas agresiones, ya que a los efectos de la causa alegada no puede existir

compensación de la acción de la parte actora con la que hubieran podido originar otros hechos no concomitantes con los fundamentales de la demanda, y que el demandante no ejerció siquiera en su reconvencción.

Que el error no subsanable en este recurso de revisión, por no alcanzar a tal extremo el interpuesto por el Ministerio fiscal, con que la Sala "a quo" ha eliminado de la acogida causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio la culpabilidad a ella inherente, con sus efectos legales, no puede sacarse, como es aspiración del ministerio recurrente, consecuencia alguna contraria a la estimación de tal motivo de divorcio, pero aun emplazado el caso en el supuesto de dicho Ministerio, de que aquella eliminación estuviera apoyada en no estimar inocente a la esposa, la interpretación que el recurrente hace del artículo 5º de la citada ley, no es la acomodada a su texto y espíritu, pues ya este Tribunal Supremo ha dicho que tal norma no tiene ni podía lógica y éticamente tener otro alcance que el de privar de acción al cónyuge que actuare en petición de divorcio o separación por causa culposa del mismo; esto es que nadie puede accionar a dicho fin por culpas propias sin que aquel precepto impida hacer eficaz en juicio la culpa del otro cónyuge, y por ello es por lo que las partes pueden accionar en el pleito recíprocamente alegando una y otra, causas culposas y ser estimadas en el fallo por no ser posibles jurídicamente las compensaciones de culpa que aprecia el Ministerio fiscal ya que esas culpabilidades dan vida a responsabilidades recíprocas e independientes".

Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvares (D. Basilio) proponía la inclusión del dictamen de un nuevo artículo 8º bis de este tenor:

"El cónyuge que haya sido vencido dos veces consecutivas por sentencia firme en pleito de divorcio, no podrá entablar en lo sucesivo contra el otro ninguna nueva acción litigiosa de la misma índole, salvo el caso de basarse en hechos posteriores" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106):

Leído por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117-, el Sr. Villanueva, en defensa del mismo, señala que su finalidad es evitar a toda costa el deportista de los pleitos, porque se dan casos en que, tanto el marido como la mujer, entablan acciones de divorcio fundadas en diferentes causas, y si una no prospera acuden a otra y a continuación a otra, y así sucesivamente van recorriendo causa por causa única y exclusivamente para tener al otro cónyuge en constante intervención y en litigios judiciales:

"... Por ausencia justificada de D. Basilio Alvarez voy a defender el voto particular que acaba de ser leído, como firmante del mismo. En este voto particular se quiere evitar a toda costa el deportista de los pleitos, porque se dan repetidos casos en que, tanto el marido como la mujer, entablan acciones de divorcio fundadas en diferentes causas, y si una no prospera acuden a otra y a continuación a otra; y con objeto de evitar esto y que se convierta nadie en deportista del pleito, se pone un límite, cual es el que determina lo que nosotros hemos establecido en el artículo 8º bis, al decir: "Que el cónyuge que haya sido vencido dos veces consecutivas por sentencia firme en pleito de divorcio, no podrá entablar en lo sucesivo contra el otro ninguna acción litigiosa de la misma índole salvo el caso de basarse en hechos posteriores".

Se podrá contestar a esto diciendo que si es por esos mismos hechos, entonces podrá prosperar la excepción de cosa juzgada; pero puede no existir cosa juzgada, porque puede darse el caso de que una demanda de divorcio exista y se ejercite la acción a base de la causa nº 1 del artículo 3º, y los tribunales declaren no haber lugar; al poco tiempo volver a ejercitarla, basada en los beneficios de pobreza y en la causa número 2 del artículo 3º, y los tribunales vuelvan a decir que no ha lugar, y así sucesivamente ir recorriendo causa por causa, única y exclusivamente para tener al otro cónyuge en constante intervención y litigios judiciales. Para obviar este inconveniente y esta dificultad que en la práctica se da con frecuencia, el Diputado que os habla ha presentado este voto particular, en el sentido de dejar establecido que desde el momento en que por dos veces consecutivas el juzgador declare no haber lugar a la concesión del divorcio, no se pueda entablar ni por el marido ni por la mujer ninguna nueva demanda que no esté basada en hechos posteriores. Por eso solicito de la Cámara que tenga en cuenta este voto particular":



En nombre de la Comisión habla el Sr. del Río que estima no puede aceptarse este voto particular del Sr. Villanueva, pues puede ocurrir que cualquiera de los Cónyuges que crea que su consorte ha realizado un acto culposo de divorcio ejercite una acción, y que después de entablada la acción venga en conocimiento de que su cónyuge ha realizado otro hecho que puede dar lugar a la acción de divorcio, acto que él anteriormente no hubiera conocido, y si artificioosamente se corta aquí el derecho del cónyuge inocente a ejercitar una acción por un hecho que viene a conocer "a posteriori" de haber ejercitado la primera, se le perjudica:

"... La Comisión no puede aceptar el voto particular de mi querido compañero el Sr. Villanueva, y la razón es bien clara y terminante, el Sr. Villanueva parte de la base de que desde el momento en que un cónyuge ejercite dos veces una acción de divorcio y sea vencido en el pleito y se dicte sentencia declarando no haber lugar a la acción de divorcio, el cónyuge no puede demandar nuevamente de divorcio a su consorte.

Claro es que esto sería una verdadera peroquillada sin la salvedad que a continuación pone el Sr. Villanueva: "Salvo el caso de basarse en hechos posteriores".

Naturalmente que el cónyuge que hoy pierde una demanda de divorcio puede encontrarse "a posteriori", con que su consorte incurre en una causa probada y legítima de divorcio, y no hay razón moral ni jurídica alguna para privar de la acción de divorcio al cónyuge que una vez fue vencido en pleito de divorcio. A eso no va el voto del Sr. Villanueva, sino al hecho de fundar siempre la demanda de divorcio en causas subjetivas, cuando la realidad es que se basa en cosas objetivas distintas de la voluntad de aquel que ejercita la acción de divorcio, y puede ocurrir que cualquiera de los cónyuges que crea que su consorte ha realizado un acto culposo de divorcio, ejercite una acción, y que después de entablada la acción venga en conocimiento de que su cónyuge ha realizado otro hecho que puede dar lugar a la acción de divorcio, acto que él anteriormente no hubiera conocido. Y si artificioosamente se corta aquí el derecho del cónyuge inocente a ejercitar una acción por un hecho que viene a conocer "a posteriori" de haber ejercitado la primera, se le perjudica.

Se puede alegar el caso que presenta el Sr. Villanueva de un "amateur" del pleito, que hoy entabla una demanda de divorcio, mañana otra y pasado otra. Desde el momento en que comparezcan los litigantes por segunda vez ante un Tribunal promoviendo una demanda de divorcio por hechos que les son conocidos al plantear la primera, podemos decir que su demanda no correrá buena suerte, porque es prueba evidente de su mala fe, y está patente ante el Juez; se ha presentado, por ejemplo, una demanda fundada en el apartado a) del Artículo 3º y se calla que tiene un motivo fundado en el apartado c), y cuando vuelva a plantear la demanda se apoya en hechos comprendidos en este apartado c), en la forma de plantearla va implícita la mala fe y ello bastará para que los Tribunales desestimen la demanda.

Pero no es eso sólo, sino que la libertad del cónyuge que litigue la mala fe está precisamente limitada por el artículo que acabamos de aprobar, que se refiere a la prescripción de la acción por el plazo de seis meses, o de cinco años, desde que el hecho se realiza.

En este sentido creemos que el voto particular no haría más que llevar confusión al proyecto de divorcio, y por eso, la Comisión no lo acepta".

El voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez no es tomado tampoco en consideración por la Cámara (discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio): Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3840-3841).

(287) Regla Transitoria primera del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

(288) Así, la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1631-: Demanda la esposa alegando la causa 12ª del artículo 3º de la ley de divorcio, y denegado el divorcio solicitado por la misma, interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia, siendo su recurso

estimado por el Tribunal Supremo por ser evidente que a la promulgación de la ley especial de divorcio hayan transcurrido con exceso los tres años exigidos en la citada causa desde que los cónyuges se separaron de hecho sin que hubieran reanudado la vida conyugal ni intentado poner fin a tal situación, pudiendo ejercitarse la acción de divorcio de conformidad con la Regla Transitoria 2ª de la ley de divorcio:

"... Que admitidos por la Sala sentenciadora tanto la separación de hecho de los cónyuges D. Salvador S.M. y Dª Angeles S.C., como el domicilio de cada uno en distinta población, desde el 7 de Noviembre de 1925, sin que haya reanudado la vida conyugal ni intentado poner fin a tal situación, es evidente, que a la promulgación de la ley del 2 de Marzo de 1932, habían transcurrido con exceso los tres años señalados en la causa 12ª del artículo 3º de la citada ley, y conforme a la 2ª de sus Reglas Transitorias ha podido ejercitarse la acción de divorcio, aunque el hecho en que se funde se haya realizado antes de dicha promulgación, por cuanto el efecto retroactivo establecido en la misma ley, lo autoriza y consiente por modo claro e indudable".

7. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Causas de divorcio y de separación de personas y bienes.

Si el artículo 2º de la Ley de Divorcio determina qué procedimiento o medios se otorgan a los cónyuges que solicita sen, conforme a la facultad o derechos que el precepto constitucional les concedía, la disolución de su matrimonio, estableciendo a tal fin dos procedimientos distintos, uno, el mutuo disenso (287'), y otro, a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación de justa causa, el artículo 3º de la citada Ley de Divorcio contenía, a su vez, las causas justas de divorcio (288')

Artículo 3º: Son causas de divorcio (289):

- 1º: El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.
- 2º: La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.
- 3º: La tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 4º: El desamparo de la familia sin justificación.
- 5º: El abandono culpable del cónyuge durante un año.
- 6º: La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del código civil.
- 7º: El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos; los malos tratamientos de obra y las injurias graves.
- 8º: La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonorosa de uno de los cónyuges que produzcan tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común.
- 9º: La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio

y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

- 10ª: La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.
- 11ª: La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a 10 años.
- 12ª: La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.
- 13ª: La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo (290).

A su vez, el número 3º del artículo 36 de la Ley de Divorcio contiene una causa "sui generis" de separación de personas y bienes:

Artículo 36: Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

- 3ª: Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

Según vino a declarar la doctrina jurisprudencial, la facultad o derecho que el precepto constitucional otorga a los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio,

otorgándoles a tal fin dos procedimientos o medios, uno, el mutuo disenso, y otro, a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación de justa causa, ha de ejercitarse ante los Tribunales y, por tanto, a éstos corresponde, en caso de ejercicio de la acción de divorcio o separación por causa justa, apreciar la existencia y justicia de la causa alegada, y en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933: En juicio de divorcio seguido ante la Audiencia de Madrid, se dictó sentencia declarando no haber lugar al divorcio pedido por la esposa demandante que interpone recurso de revisión por injusticia notoria de la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que funda, entre otros argumentos, en uno que califica de moral consistente en la infracción por la sentencia recurrida del artículo 43 de la Constitución de la República, desestimándose por el Tribunal Supremo:

"... Que no puede estimarse infracción del artículo 43 de la Constitución en la sentencia recurrida con solo considerar que tal precepto se limita a conceder una facultad, un derecho a los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio, otorgándoseles a tal fin dos procedimientos o medios, uno el mutuo disenso, que en el presente caso no puede invocarse, porque, regulado por los artículos 63 y ss. de la Ley de Divorcio, no se siguió por ninguno de los litigantes el camino que para él marcan dichos artículos, y otro a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación de justa causa, y como este derecho de petición se ejercita ante los Tribunales, y a éstos corresponde apreciar la existencia y justicia de la causa alegada, no es posible alegar con fundamento que la Audiencia infringió ni contradijo aquel precepto constitucional al no estimar demostrada la realidad de la causa que como base del solicitado divorcio se invocó" (291).

7.1. Causas basadas en el principio de "discrepancia subjetiva" y causas basadas en el principio de "discrepancia objetiva":

El artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 distingue dos grupos perfectamente delimitados de causas de divorcio o separación, el constituido por las "causas culposas", basadas en el principio de "discrepancia subjetiva", que son aquellas nacidas de un acto voluntario y culposo del agente, contrario a los fines y normas del matrimonio (292), y el integrado por las causas "sine culpa", basadas en el principio de "discrepancia objetiva", cuales son las que, sin originarse de un acto culposo del agente son estimadas por la ley como suficientes para autorizar el divorcio o la separación de los cónyuges, en razón a llevar consigo, de hecho, la ruptura de la comunidad de vida (293).

El legislador español, al regular la institución jurídica del divorcio inspirándose en el sistema llamado del "divorcio-sanción", acepta la disolución del vínculo o la mera separación de personas y bienes de los cónyuges, o en ambos, admitiendo, por excepción, otras de puro hecho o de carácter objetivo, acogiendo, de este modo, la nueva orientación de la técnica alemana que consideraba que podía haber en los matrimonios unos hechos que, sin revestir carácter de culpabilidad para ninguno de los cónyuges, llevan consigo, de hecho, la ruptura de la comunidad de vida.

7.1.1. Concurrencia de causas diversas de divorcio o separación:

Para resolver los problemas que en la práctica plantearon los casos de concurrencia de causas diversas de divorcio o separación se tuvo presente por la doctrina jurisprudencial que el sistema de la Ley de Divorcio se determinaba preferentemente por el principio de la culpabilidad y que, sólo por excepción, se admitían motivos no culposos:

a) Concurrencia de causas de orden subjetivo y de orden objetivo: Para resolver los casos posibles y muy frecuentes de concurrencia de causas diversas de divorcio o separación,

se ha de tener presente que las de orden subjetivo y las de orden objetivo se excluyen entre sí, y que las primeras, como vino a declarar la doctrina jurisprudencial, eliminan jerárquicamente a las de mera discrepancia objetiva, de tal modo que, si bien pueden ser alegadas a la vez causas de uno y otro orden siempre que las del segundo se aduzcan con carácter de subsidarias, no cabe estimar las causas objetivas conjuntamente con las culposas, pues sólo entran aquéllas en juego para decidir el caso litigioso cuando la insuficiencia o contradicción de los resultados de la prueba impida dar vitalidad a los otros motivos invocados por las partes que lleven aparejada culpabilidad (294):

Esta preeminencia de las causas de orden subjetivo sobre las de orden objetivo es lógica consecuencia de la heterogeneidad de los elementos integrantes de unas y otras, pues mientras aquellas son producto de la libre voluntad del cónyuge incurso en las mismas, éstas se producen sin esa voluntariedad dado su carácter objetivo; de ahí que la estimación de una causa de orden subjetivo desplace totalmente los efectos de las de orden objetivo, al asumir primordial consideración los motivos determinantes de culpabilidad (295), y ello aun cuando aquéllas se adujeran tan sólo para instar la separación de personas y bienes (296).

b) Concurrencia de causas de orden subjetivo o de orden objetivo, solicitando uno de los cónyuges la disolubilidad del vínculo matrimonial y el otro la mera separación legal de los cónyuges:

Si, conforme a la facultad o derecho que el precepto constitucional les concedía, uno de los cónyuges solicitaba la disolución del vínculo matrimonial alegando y probando una causa culposa en contra del otro cónyuge, aun cuando éste hubiere solicitado la separación de personas y bienes alegando y probando, a su vez, en contra de aquel, una causa igualmente culposa, no podía privarse al que pidió, conforme a su derecho, la disolu-

ción del vínculo matrimonial, de esta facultad que el precepto constitucional y la ley especial de divorcio le concedían, y puesto que los efectos del divorcio superan en sus consecuencias jurídicas a los de la simple separación legal de los cónyuges, debía decretarse la disolución del vínculo conyugal sin que, por ello, se le redimiera de su propia culpa (297).

De igual modo, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, había de decretarse la disolución del vínculo matrimonial en detrimento de la mera separación legal de los cónyuges cuando por ambos se hubiese alegado y probado la existencia de una causa "sine culpa", solicitando uno de los cónyuges la disolución del matrimonio y el otro la mera separación de personas y bienes, pues, como se ha señalado, en razón a la intensidad absorbente de los efectos legales del divorcio absoluto respecto a los más suscitados y débiles de la mera separación corporal, ha de prosperar jurádicamente la petición de divorcio vincular sin que, por virtud de lo preceptuado en la norma constitucional, pueda, en este caso, uno de los cónyuges limitar el derecho del otro a pedir y obtener el divorcio por una causa de discrepancia objetiva por el hecho de solicitar al mismo tiempo y por la misma causa objetiva la separación de personas y bienes (298).

---

(287') El artículo 36 de la Ley de Divorcio establecía en su número 1º: "Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

1º: Por consentimiento mutuo" (Artículo 37 número 1º del Proyecto de ley de divorcio y 34 número 1º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 34 del dictamen fue aprobado sin discusión alguna con relación al número 1º en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886-3889).

(288') El artículo 36 de la Ley de Divorcio establecía en su número 2º: "Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

2º: Por las mismas causas que el divorcio" (Artículo 37 número 2º del proyecto de ley de divorcio y 34 número 2º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 34 del dictamen fue aprobado sin discusión alguna con relación al número 2º en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886-3889).

(289) Comenzaban los artículos 3º del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: "Son causas legítimas de divorcio...": Antes de entrar en la discusión de votos particulares y de enmiendas al artículo 3º del dictamen, el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión, advierte a la Cámara que la Comisión había retirado una palabra del dictamen, la palabra "legítimas", por entender



que al determinar las causas de divorcio, por el hecho de estar incluidas en la ley, ya son legítimas, y, por lo tanto, no es necesario adjetivarlas (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3644-3645).

(290) Una enmienda del Dr. Juarros al artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia, sobre el proyecto de ley de divorcio proponía, por entender que el citado artículo 3º del dictamen pecaba de detallista en exceso y, ello no obstante, incompleto, se redujera las 13 causas contenidas en el mismo a dos, con la siguiente redacción:

Art. 3º: Son causas legítimas de divorcio:

- a) Todo comportamiento que redunde en perjuicio de la buena educación de los hijos o que haga imposible la vida en común.
- b) Toda enfermedad incurable, mental o física, incompatible con la normalidad de la vida matrimonial, en cualquiera de sus aspectos materiales o espirituales (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105).

Leída por segunda vez en la sesión del día 5 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, y rechazada por la Comisión, no haciendo uso de la palabra ninguno de los Sres. Diputados firmantes de la misma en su defensa, quedó desechada (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3648).

(291) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1740-.

(292) "... Que las causas de divorcio o separación de personas y bienes, incluíbles en el grupo de discrepancia subjetiva -entre las que se encuentra la 7ª del artículo 3º de la Ley aplicable- se califican de culposas por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestas a los fines del matrimonio...": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1256-.

(293) "... Que es corriente en la técnica jurídica moderna distinguir dos grupos, perfectamente delimitados, de causas de divorcio, a saber: el constituido por las causas "culposas" basadas en el principio llamado de "discrepancia subjetiva", que son aquellas nacidas de un acto voluntario y culposo del agente, contrario a los fines y normas del matrimonio, y el integrado por las causas "sine culpa" (basadas en el principio de "discrepancia objetiva"), cuales son las que, sin originarse de un acto culposo del agente son estimadas por la Ley como suficientes para autorizar el divorcio, en razón a llevar consigo, de hecho, la ruptura de la comunidad de vida; clasificación que es perfectamente adaptable a nuestro derecho, en el que, aunque tengan natural predominio las causas de índole subjetiva, no dejan de registrarse también otras de puro hecho o de carácter objetivo, como es, en unión de otras, la del número 12 del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, tratándose del divorcio vincular": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185.

(294) "... Que para resolver los casos posibles y muy frecuentes de concurrencia de causas diversas, se ha de tener presente que las de orden subjetivo y las de orden objetivo se excluyen entre sí, y que las primeras, como ya tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, eliminan, jerárquicamente, a las de mera discrepancia objetiva; de tal modo que, si bien pueden ser alegadas a la vez causas de uno y otro grupo, siempre que las del segundo se aduzcan con carácter de subsidiarias, es obvio que no cabe estimar las causas objetivas conjuntamente con las culposas que sólo entran aquéllas en juego para decidir el caso litigioso cuando la insuficiencia o contradicción de los resultados de la prueba impida dar virtualidad a los motivos invocados por las partes que llevan aparejadas culpabilidad": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-; "... Que es jurisprudencia de esta Sala, a propósito de los casos de concurrencia de causas diversas de divorcio, que no cabe estimar las meramente objetivas sino cuando la insuficiencia o contradicción de los resultados de la prueba impida dar virtualidad a los motivos de carácter culposo que hayan sido también alegados": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 205-.

(295) "... Que si en un proceso de divorcio se conjuga una causa de imputación con la 12ª del artículo 3º de la ley rectora, aquella determinante de culpabilidad y ésta de mera discrepancia objetiva, la estimación de la primera desplaza totalmente los efectos de la segunda, de tal manera que, está el reconocimiento de la culpa acusal adjudicada a uno de los cónyuges, resulta innoperante la presunta separación libremente consentida, porque daba la heterogeneidad de los elementos integrantes de la una y de la otra asumen primordial consideración los que motivando el agravio causado por quebrantamiento doloso del vínculo, se sobreponen a los meros estímulos consensuales desprovistos de sanción específica": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 768-.

Una aplicación concreta de esta doctrina puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 452-: Demanda el esposo alegando la causa 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, reconviniendo la esposa por adulterio del demandado; absuelta la esposa de la demanda, y habiéndose decretado el divorcio de los cónyuges con culpabilidad del esposo por la causa de adulterio, el marido interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia por no haberse aplicado la causa 12ª que invocó en su demanda, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que otro motivo de revisión se funda en que se ha cometido injusticia notoria por no haberse aplicado la causa 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio; y frente a tal motivo se alza la doctrina reiterada de esta Sala a propósito de la concurrencia de causas diversas de divorcio en el sentido de que no cabe estimar las meramente objetivas como es la de que ahora se trata, sino cuando la insuficiencia o contradicción de los resultados de la prueba impidió dar virtualidad a las causas de carácter culposas, que hayan sido también alegadas; porque si como en el presente caso, se estima la concurrencia de una de aquéllas que lleve aparejada culpabilidad para uno de los cónyuges, ninguna eficacia puede tener para el resultado definitivo del pleito que se resuelva o deje de resolver lo concerniente a una causa de mera objetividad, que no lleva como consecuencia de su declaración pronunciamiento alguno distinto e independiente de los que recayeran por virtud del reconocimiento de aquella otra causa de carácter culposas".

Conforme a esta reiterada doctrina jurisprudencial, se establece la incompatibilidad de la causa 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio con una causa de divorcio o separación que lleve implícita la culpabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1332-, y 12 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 2329-); y, asimismo, la incompatibilidad de la causa de separación establecida en el número 3º del artículo 36 de la Ley de divorcio con otra que lleve aparejada la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 795-).

(296) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 504-: Demanda la esposa alegando las causas 1ª y 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, reconviniendo el marido por la causa 12ª del artículo 3º de la citada Ley de Divorcio en solicitud de divorcio; habiéndose decretado la separación legal de los cónyuges con culpabilidad del esposo por la causa de adulterio, se interpone por éste recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia por no haberse aplicado la causa 12ª del artículo 3º que, en solicitud de divorcio, se alegó por el recurrente en su demanda reconvencional, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que el último motivo del recurso se funda en que ha sido desestimada la reconvención propuesta por el recurrente, solicitando el divorcio por concurrir la causa 12ª del artículo 3º de la ley del Divorcio que el Tribunal "a quo" ha aceptado como existente para decretar la separación de personas y bienes pedida en la demanda; y tampoco en este aspecto del recurso, es admisible; ya que tratándose de la concurrencia de la causa 12 en la que no puede declararse culpabilidad de ninguno de los cónyuges por su carácter puramente objetivo en unión con otra de naturaleza culposa, como es la de adulterio, tiene declarado como reiteración este Supremo Tribunal, que cuando se da este caso, los efectos de la

causa 12ª quedan absorbidos por la que lleva aneja declaración de culpabilidad; y siendo así mal puede el recurrente pretender obtener un derecho a su favor al amparo de una causa de divorcio que en este pleito no sólo guarda relación con la de adulterio cometido por el declarado cónyuge culpable, sino que ha de quedar subordinado a la apreciación de la recurrida". (En este sentido análogo, puede verse igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1025-).

(297) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2324-: Demanda la esposa en solicitud de divorcio alegando la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, reconviniendo el marido por la causa 8ª del artículo 3º en relación con el número 2º del artículo 36 de la citada Ley de Divorcio; habiéndose decretado la separación de personas y bienes de los cónyuges con culpabilidad de la esposa por la causa alegada en su reconvención por el marido, se interpone por ésta recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia por no haberse apreciado en él los malos tratos que imputaba la demanda a su marido, y apreciándose por el Tribunal Supremo la existencia de aquéllos, se decreta el divorcio de los cónyuges sin por ello redimir a la recurrente de su propia culpa:

"... Que en virtud de cuanto antecede ha de decretarse el divorcio de los cónyuges litigantes por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932 alegada por la esposa; mas como aunque no haya de trascender el fallo en revisión por ser con él contradictorio e incompatible el de separación de personas y bienes pronunciado por el Tribunal de Instancia, esta lógica consecuencia no puede redimir a la recurrente doña E.B. de la culpa que en ella apreció al dictar el suyo la Audiencia de Valencia".

(298) "... Debe delimitarse lo que es objeto de este recurso a si aceptada en la sentencia la causa 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio que el demandante invocó como fundamento de su petición de divorcio y la demanda reconviniendo para solicitar a su amparo la separación de personas y bienes, se puede legalmente desestimar la demanda de divorcio y dar lugar a la reconvención como se hace en la sentencia recurrida otorgando aquella separación; y para resolverlo basta tener presente que por tratarse de una causa puramente objetiva cuya existencia no lleva consigo culpabilidad imputable determinadamente a ninguno de los cónyuges, tiene perfecto derecho cualquiera de ellos a pedir y obtener el divorcio al amparo de esa causa por disponerlo así de modo terminante el artículo 2º de la expresada ley, sin que sea admitido al otro, limitar aquel derecho solicitando la separación de personas y bienes, para que no se llegue a la concesión del divorcio; pues es cierto, que por las mismas causas que la Ley establece para que se conceda el divorcio, se puede solicitar solamente la separación, como dispone la regla segunda del artículo 36 de la misma Ley, ello ha de entenderse aplicable cuando pudiendo ejercitarse la acción de divorcio o la de separación por concurrir alguna de las causas enumeradas en el artículo 3º de la Ley, se opta por la segunda de estas acciones; pero si como en el presente caso, existiendo una causa generadora de divorcio, un cónyuge pretende acogerse a ella para que se decrete aquél, y el otro intentando limitar ese derecho, solicita que se conceda únicamente la separación, es indispensable acceder a la petición de divorcio en cumplimiento estricto del ya citado artículo 2º de la tan repetida Ley, y al no hacerlo así la sentencia recurrida ha incidido en injusticia notoria que debe apreciarse como causa de revisión a los efectos de la estimación del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 402-; "... Que, como afirma rectamente el Tribunal de instancia, apreciando debidamente la prueba, aparece plenamente acreditada la separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida por ambos cónyuges durante más de tres años, toda vez que desde el mes de septiembre de 1923, en que tuvo lugar la separación, ni se ha reanudado la vida matrimonial, ni ninguno de los cónyuges ha efectuado gestión alguna para que aquel anormal estado desapareciese; pero incurre en injusticia notoria al decretar la separación de personas y bienes sin disolución de vínculo y declarar cónyuge culpable al marido, por cuanto apoyada la demanda y la reconvención en la causa 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, además de otras que fueron debidamente desestimadas, y solicitándose en la primera la separación y en la segunda el divorcio, a esta última petición debió de accederse sin declaración alguna de culpabilidad por ser aquélla causa de mero hecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934,

Aranzadi, 1126-; "... Que reconocida por los litigantes y, además, demostrada sin duda la causa 12ª del artículo 3º de la ley vigente de Divorcio, al amparo de la cual solicitan respectivamente demandante y demandado la separación de cuerpos y bienes y la ruptura del vínculo matrimonial, es patente la injusticia denunciada en el recurso contra la doctrina de la Sala "a quo", que al decretar la separación y denegar el divorcio vincular, arraigadas ambas peticiones en unos mismos hechos sobre los cuales cabe dictar cualquiera de ambos pronunciamientos, incurre en evidente y crasísimo error; sin que la circunstancia de ser discutidas las dos soluciones en el mismo proceso deje abierto el arbitrio del juzgador para elegir la primera en detrimento de la segunda, sino que, por el contrario, debe prosperar jerárquicamente ésta sobre aquella en razón a la intensidad absorbente de los efectos legales del divorcio absoluto respecto a los más sucintos y débiles de la mera separación corporal": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1847-.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 505- se llega, por razones de índole procesal, y sin rectificación alguna respecto a la doctrina constante y reiterada del Tribunal Supremo en este sentido, a la solución contraria:

"... Que establecida la litis mediante el ejercicio de una acción de estado por virtud de la cual se solicita únicamente la separación de personas y bienes de los cónyuges se ha treado desde la constitución formal del juicio en supuesto procesal inalterable, sobre el que versa el pronunciamiento emitido en la sentencia favorable a las pretensiones de la demanda; y dirigido el presente recurso, no a combatir el fallo por injusticia notoria en el sentido estricto que la jurisprudencia tiene reiteradamente enseñado toda vez que no se señala errónea valoración de la prueba o violación del derecho aplicable al caso, sino a pretender que por los mismos hechos se dicte ahora una declaración jurisdiccional definitiva de divorcio vincular, que en ningún momento de la instancia se produjo por el interesado en ello, es vista la improcedencia de tan análoga solicitud, contraria a la unidad integral de la relación jurídica del proceso constituido dentro del ámbito delimitado por una acción concreta, cuya vigencia resultaría desnaturalizada a consecuencia de la irregular ampliación de sus efectos propios, al transformarla en otra de sustancia diferente de la que se ejerció por la parte actora y se reconoció en la sentencia.

Que la situación de rebeldía legal en que se mantuvo el demandado no obsta a la normalidad procesal del juicio, desde el punto de vista de la ficción de presencia legitimada según derecho; y no es lícito atribuir indefensión a la eventual ausencia que experimentó dentro del litigio por causas imputables a su exclusiva ignorancia en tanto no reaccionó contra ella por los cauces que la Ley le faculta y mal pueden ser aplicados con los remedios de este recurso de volumen y figura característicos cuya recepción por la Sala implicaría una verdadera subversión del procedimiento".

#### 7.1.2. Cónyuge culpable y litigante vencido.

El artículo 9º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 disponía: "La sentencia declarará culpable cuando proceda al cónyuge que hubiese dado causa al divorcio, o a los dos, en su caso" (299):

Dada por distinta naturaleza de las causas de divorcio y separación, ya que unas son producto de la libre voluntad del cónyuge que hubiese dado causa al divorcio o separación o de los dos, y otras, porque se producen sin esa voluntariedad, cuando un cónyuge, o los dos, están incurso en una causa de divorcio o separación nacida de actos voluntarios y culposos del agente es secuela ineludible la declaración de culpabilidad, porque, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial -doctrina que se estudiará en la exposición analítica de las diversas causas de divorcio y separación-, las palabras "cuando proceda" empleadas en el artículo 9º de la Ley de Divorcio no autorizan a los Tribunales a declarar la culpabilidad a su libre arbitrio, sino que se refieren a aquellas causas de divorcio o separación incluibles en el grupo de discrepancia subjetiva, que se califican de culposas por originarse en actos voluntarios imputables con aquél carácter al agente y opuestas a los fines del matrimonio, no pudiéndose, en consecuencia, apreciar esta culpabilidad para ninguno de los cónyuges respecto de las causas de divorcio o separación incluibles en el grupo de discrepancia objetiva, puesto que las mismas, sin originarse de un acto culposo del agente, son estimadas por la ley como suficientes para autorizar el divorcio o la separación en razón a llevar consigo, de hecho, la ruptura de la comunidad de vida.

Mas había que distinguir dos conceptos totalmente distintos: el concepto de culpabilidad y el de litigante vencido. Iniciado por uno de los cónyuges el procedimiento de divorcio o separación por causa justa, los dos únicos pronunciamientos que el fallo podía contener congruentes con la petición de divorcio o separación habían de ser necesariamente o la absolución

del cónyuge demandado o la condena del mismo en armonía con tal solicitud -teniendo en cuenta que la parte demandante podía, a su vez, ser demandada si se hubiere formulado de contrario demanda reconvencional-, y ello sin perjuicio de que en este segundo caso la condena llevará o no aparejada declaración de culpabilidad, según la causa de divorcio o separación que hubiera acogido en la sentencia. Así, el artículo 62 de la Ley de Divorcio disponía:

"Las costas del pleito serán a cargo del litigante vencido, salvo los casos en que el Tribunal, por motivos fundados, dispusiere otra cosa en la sentencia" (300).

Conforme a este artículo, la condena de costas sería siempre impuesta, como norma general, al litigante vencido, salvo, únicamente, los casos en que el Tribunal, por motivos fundados, dispusiera otra cosa en la sentencia: Las costas eran, pues, una sanción que la Ley imponía al litigante vencido en pleito de divorcio o separación, a no ser que por motivos fundados que el Tribunal apreciara juzgara oportuno no imponerlas. Y litigante vencido era:

1º: Aquel cuya demanda de divorcio o separación se desestima, si no se hubiere formulado de contrario reconvención (301).

2º: Aquel cuya demanda de divorcio o separación se desestima y, además, es condenado por virtud de un pedimento formulado de contrario en vía reconvencional, aunque lo fuera por una causa que no aparejara responsabilidad para ninguno de los cónyuges (302).

3º: Aquel que, no habiendo formulado demanda reconvencional, es condenado por una causa de divorcio o separación alegada por la parte actora en su demanda, aun cuando dicha causa no acarrecara responsabilidad para ninguno de los cónyuges (303).

4º: Aquel que, habiendo sido desestimada su demanda reconvenzional, es, además, condenado por una causa de divorcio o separación alegada por la parte actora en su demanda, aun cuando dicha causa no acarreara responsabilidad para ninguno de los cónyuges (304).

5º: ¿Podría conceptuarse como legalmente vencido al litigante que habiendo solicitado y obtenido el divorcio o la separación por una de las causas incluidas en el grupo de discrepancia objetiva, hubiese sido, a su vez, condenado por una causa que lleva aparejada culpabilidad?: No pudiéndose confundir los conceptos de "litigante vencido" y de "litigante culpable", no cabe duda que, de conformidad con el artículo 62 de la Ley de Divorcio, no podía conceptuarse, en este caso, a dicho litigante como vencido, pues, en el plano procesal, ambos tienen la calidad de vencidos (305), sin perjuicio de que el Tribunal, a virtud de las facultades potestativas que la misma norma autoriza cuando el arbitrio obedece a motivos fundados, dispusiere, por la distinta naturaleza de las causas implicadas en el procedimiento, lo contrario (306).

6º: El artículo 62 de la Ley de Divorcio no obliga a imponer las costas forzosamente al litigante vencido, siempre que la decisión del Tribunal fuese fundada (307): Una interpretación flexible del requisito del motivar el libre arbitrio del juzgador que decide no imponer las costas al litigante vencido puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1934:

"... Es improcedente el recurso que fundado en la propia causa 3ª, artículo 57 de la citada ley, ha interpuesto el marido demandado, por cuanto la acusada infracción del artículo 62 de la misma no aparece cometida por el Tribunal de instancia que en méritos de lo actuado estimó justo no imponer las costas al litigante vencido en juicio, siquiera no consignase, como debió hacerlo, las razones en que se apoya su determinación" (308).

de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) al artículo 8º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción del mismo:

"La sentencia declarará culpable, cuando proceda, al cónyuge que hubiese dado causa al divorcio, o a los dos, en su caso, pero siempre que hubiese habido reconvencción" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106):

Leído por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 177-, y retirado el voto particular por el Sr. Villanueva por venir a ser lo mismo que el dictamen, quedó aprobado sin más discusión, el artículo 8º (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3840).

Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según disponía el artículo 37 de la Ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo 4 a 10- (Este párrafo primero del artículo 37 de la Ley de Divorcio coincidía en su redacción con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(300) El origen de este artículo 62 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, cuyo contenido no se encuentra en el artículo del proyecto de ley de divorcio ni en el del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, es un voto particular de los Sres. Xiráu (José) y Quintana (Alberto) proponiendo un nuevo artículo 57 bis al texto del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 119) que, aceptado por la Comisión, quedó incorporado por asentimiento de la Cámara al dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987).

Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) proponía, igualmente, la incorporación al dictamen de un nuevo artículo 57 bis con la siguiente redacción: "Al cónyuge culpable se le impondrán las costas originales en el litigio, incluyendo los derechos que devenguen los procuradores. Si fueran los dos culpables, las costas serán por mitad" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106):

Leído por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-, fue retirado por el Sr. Villanueva (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987).

(301) "... En cuanto al recurso de la mujer que se contrae a la injusticia notoria por no haber aplicado la Audiencia el artículo 62 de la Ley mencionada, al no imponer las costas al marido, la infracción del referido artículo es patente, desde el momento en que el Tribunal "a quo" desestima las tres causas de divorcio en que el marido fundó su demanda, acepta las alegaciones que la mujer consignó en su contestación y el resultado de su prueba, que destruye la realidad de aquellas causas, la absuelve de la demanda y no hace expresa condena en costas, y como esta condena es siempre impuesta al litigante vencido, como norma general, por imperativo de aquél artículo, salvo, únicamente los casos en que aparezcan motivos fundados y así se disponga en la sentencia, excepción que no se da en este caso en el que no puede negarse al marido el evidente carácter de litigante legalmente vencido, procede, por todo ello, revisar la sentencia en este particular": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 262-; "... Que tampoco es injusta la sentencia recurrida al imponer las costas a la demandante, ya que con arreglo al artículo 62 de la Ley de divorcio serán a cargo del litigante vencido, salvo los casos en que el Tribunal, por motivos fundados, dispusiere otra cosa en la sentencia y litigante vencido es el demandante cuya demanda de divorcio fue desestimada": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 927-.

(302) "... Que tampoco incide en injusticia notoria la sentencia que admitiendo en parte la reconvencción de la mujer, por no aceptar una de las dos causas en ella alegadas, impone las costas al marido, porque el artículo 62 de la Ley de Divorcio, único que regula la imposición de costas, establece que serán a cargo del litigante vencido, salvo los casos en que el Tribunal, por fundados motivos dispusiere otra cosa en la sentencia y vencido es el litigante cuya demanda se desestima y se acoge la reconvencción del demandado, aunque esta aceptación sea parcial":



Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 1512-; "... Que también se impone reconocer el notorio error de interpretación que contiene el último considerando de la sentencia recurrida, en el se prescinde de lo que preceptúa el artículo 62 de la Ley de Divorcio como de su clara redacción se desprende, para mediante la aplicación de un adverbio que el citado artículo no contiene desnaturalizar el contenido del mismo, ya que el fundamento en que la Sala establece la no imposición de costas en el "no haber sido el demandante "completamente" vencido en juicio", y prescindiendo de que ese adverbio, como queda dicho, no lo contiene el precepto legal invocado a tal fin, es que ese criterio no puede admitirse como acertado porque "completamente" vencido en juicio es el litigante que se desestima su demanda, y es condenado a virtud de un pedimento formulado de contrario en vía reconvenzional; y como la Sala sentenciadora no ha hecho alusión siquiera a la existencia de algún motivo fundado que la autorice para prescindir de la obligación de imposición de costas al demandante en la forma que expresa dicho precepto legal, es visto que procedía imponer al demandante las costas del juicio": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1138-.

(303) "... Que por expreso mandato del artículo 62 de la misma Ley las costas del pleito serán a cargo del litigante vencido, salvo los casos en que el Tribunal por motivos fundados dispusiere otra cosa en la sentencia, lo que no ha hecho la recurrida, que si bien no impone de modo expreso las costas no razona tal criterio a pesar de decretar el divorcio pedido por la mujer, confundiendo los conceptos de litigante culpable con el litigante vencido, carácter éste que indudablemente tiene el marido, aunque la causa de divorcio aceptada en el fallo no acarree responsabilidad para ninguno de los cónyuges, en cuyo extremo debe revisarse la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1789-.

(304) "... No siendo perteneciente resolver lo mismo respecto a la imposición de costas por cuanto en esta clase de juicio no es la temeridad la que la regula sino que según los artículos 62 de la ley tantas veces citada, deben ser impuestas al litigante vencido, salvo los casos en que el Tribunal por motivos fundados dispusiera otra cosa y no hay duda de que la recurrente tiene la condición de litigante vencido por cuando se ha dado lugar a la demanda deducida por su marido y se ha desestimado la reconvencción por ella articulada y la Sala sentenciadora no ha estimado oportuno librarla de tal condena ni en el recurso se indica ningún motivo concreto en que tal exculpación pueda fundarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2180-.

(305) "... En cuanto la infracción del artículo 62 de igual ley, que como tercer motivo de injusticia notoria se invoca, no puede aceptarse, porque aquel artículo ordena que las costas del pleito serán a cargo del litigante vencido, y no puede conceptuarse legalmente vencido al marido que solicitó el divorcio por una sola causa, y se le concede por la causa que alegó, aunque a esta causa se añadan otras que la mujer invocó en su reconvencción, ya que en tal caso no se le da la razón en lo que pidió, por lo que lo pidió": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1760-.

(306) "... Que pronunciado aquí el divorcio vincular por doble causa: una objetiva de carácter consensual invocada en la demanda del marido, y otra, de imputación culposa por adulterio de éste, que alegó la mujer, resulta que ambos tienen la calidad de vencidos en el mismo plano procesal a los efectos aparentes del artículo 62 de la ley de mérito; pero, entendido que el proceso singular de divorcio es un centro al que pueden afluir causas diversas para obtener un sólo pronunciamiento, unívoco, influido por la convergencia de todas ellas, cabe discriminarlas por separado en orden a sus efectos, para graduar el valor de proyección asignado a su respectiva calidad; y así es que, concurriendo en el caso actual la figura primera con la duodécima del artículo 39 de la ley citada, aquella calificada por el elemento culposo que liga al sujeto al acto realizado en violación consciente de un deber en plenitud de responsabilidad y ésta meramente regida por un acuerdo de voluntades, expreso o implícito, pero no antijurídico, sin nexo de culpabilidad afecta a cualquiera de los cónyuges, conformes en anticipan por vía de hecho un estado civil susceptible de consagración legal, el volumen de la primera domina el ámbito procesal y absorbe las consecuencias más graves derivadas de la situación procesal, entre las cuales se incluye la condena en costas no por la exigencia preceptiva

del artículo 62 como entiende erróneamente la Sala de instancia, al confundir los conceptos de litigante vencido con litigante culpable, sino a virtud de las facultades potestativas que la misma norma autoriza cuando el arbitrio obedece a motivos fundados, como los que se explican aquí": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1681-.

(307) "... Que el artículo 62 de la Ley últimamente citada no obliga a imponerlas forzosamente al vencido, siempre que la decisión del Tribunal sea fundada, lo que en este caso ocurrió, ya que la Sala sentenciadora, para no imponerlas, tuvo en cuenta la índole especial de la separación de los cónyuges decretada y la desestimación del divorcio vincular pretendido, lo que exigía de culpabilidad al marido, habida cuenta además de los términos en que se produjo la prueba y causas determinantes de tal separación, razones las expuestas que la Sala acoge -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1370-.

(308) Sentencia del Tribunal supremo de 4 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 737-.

7.1.3. Interpretación de las causas de divorcio y separación.

Ya en el preámbulo del proyecto de ley de divorcio, remitido a las Cortes Constituyentes por el Sr. Ministro de Justicia, D. Fernando de los Ríos, se destaca que aun cuando la interpretación de los Tribunales de las causas legítimas de divorcio podía obrar en su aplicación con eficacia expansiva, el empleo judicial de un método de analogía no debía olvidar que el sistema de la ley se determinaba perfectamente por el principio del divorcio-culpable y que, sólo por excepción, se admiten algunos motivos no culposos:

El tema era de indudable trascendencia pues, como ya vimos, en Francia la práctica se desvió del molde rígido que supone el sistema puro del divorcio-sanción, para llegar de hecho, al sistema del divorcio por consentimiento mutuo, ya que, existiendo el acuerdo de los cónyuges, se podía simular o provocar alguna de las causas de divorcio admitidas en la ley, llegando así a la posibilidad indirecta del divorcio por mutuo disenso, posibilidad que no cabía descartar por el hecho de admitirse en la Ley de Divorcio un procedimiento especial de separación y de divorcio por mutuo disenso, pues los trámites dilatorios que el mismo conllevaba posibilitaban aquella simulación o provocación (309):

Podemos decir que la jurisprudencia en su interpretación de las causas de divorcio y separación se mantuvo fiel al sistema determinado en la ley especial de divorcio, manteniendo, por la gravedad de las consecuencias del divorcio vincular y aun de la simple separación de personas y bienes que por el transcurso del tiempo puede convertirse en definitivo divorcio, un criterio cauteloso en cuanto al empleo de un método de analogía que ampliase en exceso la prudente extensión y elasticidad que el legislador dió a las causas de divorcio y separación (310).

Mas el criterio interpretativo de más interés y, quizá, de más trascendencia, es el contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934, según el cual "la aplicación de la Ley de Divorcio y la valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges han de ser hechas, no a la luz de criterios de pura moral, sino en relación con circunstancias y factores de caracter social y aún de índole antropológica, que no bastan nunca para justificar en el terreno ético, ni tal vez en las responsabilidades penales, actos intrínsecamente reprochables, pero que pueden en ocasiones, mitigar o neutralizar la trascendencia o significación culposa de los mismos, en el plano de las realidades patológico-jurídicas que el divorcio presupone y quiere remediar" (311), criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges cuya aplicación concreta se tendrá ocasión de observar cuando se realice el estudio analítico de las diversas causas de divorcio y separación.

---

(309) No obstante, esta posibilidad de simular o provocar alguna de las causas de divorcio para eludir los trámites dilatorios que implica el procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso no pasaba de mera presunción hasta tanto no se constatará su realidad por el Tribunal sentenciador. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1538-: Demanda el marido por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio y, a pesar de reconocerse por el Tribunal de instancia la corrección procesal de la prueba propuesta y practicada a tal efecto por el actor, limitándose a recoger la hipótesis o supuesto enunciado por el Juez instructor en su informe, de que existiese en el ánimo de los cónyuges un convenio para evitar los trámites dilatorios que implica el divorcio por mutuo disenso, sin hacer expresa declaración sobre su realidad, desestima la demanda; interpuesto por el esposo recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal "a quo", se estima por el Tribunal Supremo que decreta el divorcio de los cónyuges por la citada causa:

"... Que le impide a este Tribunal el resolver sobre la viabilidad y procedencia del divorcio en el caso en que, además, de alegarse y probarse cualquiera de las causas que le determinan, concurren el consentimiento de ambos cónyuges para que se lleve a efecto, sin acudir, para ello, al procedimiento que señala la sección 3ª del capítulo de la vigente ley de 2 de Marzo de 1932, el hecho de que en la sentencia, cuya revisión se pretende, tan solo, aparentemente, se plantea el problema en la forma expuesta, pues si bien es cierto y notorio que el actor demostró cumplidamente los hechos básicos de su demanda -ser objeto de malos tratos de obra e injurias graves por parte de su esposa-, reconociendo el Tribunal "a quo" la corrección procesal de la prueba propuesta y practicada a tal efecto, no afirma ni asevera que ambos cónyuges estuvieran conformes en el divorcio y se confabularan para eludir los trámites dilatorios que implica el divorcio decretado por mutuo disenso, sino que le limita a recoger la hipótesis o supuesto, enunciado por el Juez instructor en su informe, de que tal convenio existiese en el ánimo de los cónyuges, sin hacer expresa declaración sobre su realidad.

Que se desprende de lo expuesto la injusticia notoria en que incurre el Tribunal de Instancia, al desestimar la demanda interpuesta no obstante haber justificado el actor, mediante

prueba documental y declaración unánime de personas de la familia de los cónyuges, criada y vecinos, los malos tratos e injurias graves al que se refiere el último inciso de la causa 7ª del artículo 3º de la ley citada, siendo, por ello, procedente declarar haber lugar a la revisión interpuesta, decretando, conforme a la súplica de la demanda inicial de estos autos, el divorcio que se solicita".

(310) "... Que la gravedad de las consecuencias del divorcio vincular y aun de la simple separación, que por el transcurso del tiempo puede convertirse en definitivo divorcio obliga al intérprete y al juzgador a no exagerrar la prudente amplitud y elasticidad que el legislador ha dado a las causas enumeradas en los artículos 3 y 36 de la ley de 2 de Marzo de 1932, y sobre todo a respetar escrupulosamente los principios enjuiciarios, particularmente el de congruencia, que es garantía del derecho de ambas partes y no permiten se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido invocados en la demanda como fundamentos de la misma sobre los que por consiguiente, haya podido ser oído el demandado y hayan podido ser propuestas por las partes las pruebas oportunas": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 249-: "... Que la alegación del motivo quinto, que únicamente invoca la infracción del espíritu de amplitud que inspira a la Ley en lo relativo a la separación de los cónyuges es por completo estéril, en primer lugar porque, como ya ha dicho esta Sala en sentencia de 30 de enero del corriente año, la gravedad de las consecuencias de la simple separación de personas y bienes, que por el transcurso del tiempo puede convertirse en definitivo divorcio, obliga al intérprete y al juzgador a no exagerrar la prudente extensión y elasticidad que el legislador ha dado a las causas enumeradas en el artículo 36 de la ley, y sobre todo, porque el recurso de revisión exige, como reiteradamente tiene proclamado la jurisprudencia, la demostración de los manifiestos errores de "facto" o de "iure", en que haya incurrido la sentencia discutida, y claro es que ese error patente en la aplicación del derecho requiere la invocación de textos legales concretos y no la vaga alusión al espíritu de la Ley, visto a través de la subjetiva apreciación del recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1023-.

(311) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.

7.2. "El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue": Causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (312).

7.2.1. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación :

La causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluíble en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califica de culposa por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: de ahí que la apreciación de la indicada causa de divorcio o separación, atendida su naturaleza subjetiva, acarreará indefectiblemente sobre quien la produce la imputación de su culpabilidad, por ser jurídicamente inadmisibile que se otorgue virtualidad a la mismas sin declarar culpable a quien le fue atribuida (313).

A pesar de lo que pudiera deducirse de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Divorcio (314), no puede decirse que esta causa 1ª del artículo 3º de la citada ley fuera de carácter perentorio: Aun cuando se acompañara por el demandante copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por adulterio, la mera constatación de éste no obliga al Juez a tener que pronunciar el divorcio o la separación por esta causa, sino que pueden apreciarse en conciencia por el Tribunal aquellas circunstancias que pudieran excusar una falta tan grave como la que se deduce de esta causa, salvo que, como del mismo artículo se deduce, y en el solo supuesto de que se acompañara por el demandante copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por adulterio, no se alegase por el incurso en la misma excepción suficiente a desvirtuar la acción, o no compareciese en juicio, en cuyos casos el Juez, sin más trámites, citará para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio Fiscal (315).

---

(312) Causa 1ª del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio.

(313) "... En cuanto al tercero, que si la sentencia recurrida declara al Sr. G. incurso en la causa 1ª del artículo 3º de la ley de Divorcio, es notorio que, atendida su naturaleza subjetiva, los hechos determinantes de la misma, que con acierto aprecia la Sala sentenciadora, con arreglo a su racional criterio, sólo pudieron producirse por deliberada voluntad del recurrente, que los ejecutó, y, por tanto, al declararle culpable de aquélla la sentencia impugnada prodeció en justicia lejos de ser notoriamente injusta en este particular y debe desestimarse también el motivo tercero del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1751-.

(314) El artículo 59 de la Ley de Divorcio disponía:

"Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por hechos de los señalados con los números 1, 2, 7 y 11 del artículo 3º de esta ley como causa de divorcio, el Juez dará traslado al demandado, y si éste no reconviniere ni alegare excepción suficiente a desvirtuar la acción, o no compareciere, citará sin más para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio fiscal" (Artículo 58 del proyecto de ley de divorcio y 55 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 55 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987).

(315) Cfr. criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1373-: Demanda al esposo por adulterio de su mujer, que contesta a la demanda alegando en su defensa y como exculpación del adulterio "una perturbación mental de carácter pacífico", "alucinaciones" y "delirio amoroso platónico"; habiéndose decretado el divorcio de los cónyuges con culpabilidad de la esposa por la causa de adulterio, se interpone por ésta recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo:

"... Que tampoco existe en la sentencia recurrida la "flagrante disconformidad entre los resuelto y la inequívoca deducción que ha de hacerse de lo actuado", que en el recurso se alega como fundamento de la injusticia notoria, porque en el único considerando de aquella sentencia se recoge, aparte de la conducta de la demanda no compareciendo a prestar confesión judicial para la que fue citada por dos veces; y la de su padre, que se negó a declarar como testigo del demandante, haciéndolo en cambio como testigo de su hija, recoge toda la prueba practicada, especialmente la pericial, la más interesante del caso, apreciando no sólo las conclusiones que en el correspondiente dictamen establecen los tres médicos, sino la ampliación que a estas conclusiones hacen contestando a preguntas del Juez y que completan el alcance y sentido de la referida prueba, deduciendo de todo ello la Audiencia "que la enfermedad erótica que según los peritos padece la demanda no constituye una tara mental suficiente para poder excusar una falta tan grave como la que se desprende de la prueba practicada, que ha cometido la esposa", sin que con tal criterio cometa el Tribunal "a quo" injusticia alguna ni resuelva cosa manifiestamente contraria a lo que del conjunto de la prueba pericial y testifical se acredita".

7.2.2. El adulterio como quebrantamiento o violación del deber de fidelidad conyugal que impone el matrimonio.

La obligación de guardarse fidelidad se impone a los cónyuges, subsistente el matrimonio (316), como obligación moral y jurídica (317): el adulterio implica la violación o quebrantamiento de este deber matrimonial por el cónyuge que se une a ilícito ayuntamiento con quien no es su cónyuge y supone el más grave atentado contra el deber de fidelidad conyugal.

Esta causa 1ª del artículo 3º de la Ley de divorcio tiene, pues, una objetividad perfectamente definida, caracterizándose por la existencia de relaciones sexuales fuera del matrimonio del hombre con la mujer, casado alguno de ellos (318): A los efectos de la ley especial de divorcio desaparecen la injusticia y privilegio que los preceptos civiles y penales vigentes señalan a favor del marido adúltero, según los cuales era causa legítima de divorcio -refiriéndose, naturalmente, al divorcio que sólo producía la suspensión de la vida común de los casados artículo 104 del Código civil- "el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer" (319), definiéndose el adulterio como aquel que "cometen la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio" (320), preceptos que contradecían el texto y el espíritu de la ley especial de divorcio que al establecer como causa de divorcio "el adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue", sin establecer diferencias entre uno y otro, sitúa en un plano de igualdad a ambos cónyuges y, en consecuencia, a los efectos de esta Ley, podía alegarse el adulterio como causa de divorcio o separación tanto por un cónyuge como por el otro, sin perjuicio de que en el orden penal se mantuviese la distinción entre "el adulterio de la mujer" y "el amancebamiento del marido" (321): De ahí que fuera errónea la apreciación de algún sector doctrinal que, confundiendo los términos de la ley civil de divorcio y de la penal, consideraba que esta causa de divorcio no podía aplicarse por igual a ambos cónyuges, pues mientras que el marido



podía fundarse en la misma una vez constatado que su mujer yació con varón que no fuera él, la esposa no podía invocarla aun cuando su marido hubiese tenido contacto carnal con mujer distinta a ella más que en el caso de que fuese casada y conociese esta circunstancia (322).

(316) Según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación a guardarse fidelidad se impone a los cónyuges mientras subsista el vínculo matrimonial: "... Sin que dejara de ser adulterio por llevar más de un año separados de hecho los cónyuges legítimos": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932/1933, Aranzadi 494-; "... Y menos aún cabe aceptar la licitud de las infidelidades que proclama la sentencia recurrida, porque mientras subsista el vínculo matrimonial, es indeclinable el mutuo respeto en los cónyuges, y sólo una doctrina francamente subversiva puede admitir unas deslealtades que las leyes y la moral rechazan de consuno": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 296-; "... que la circunstancia que el recurrente invoca de haber abandonado la demandante el domicilio conyugal y no estar ya en él cuando el demandado llevó al mismo la mujer que se supone su mancaba, no puede enervar ni debilitar la justicia del fallo recurrido, en primer lugar, porque ese abandono del hogar determinado, según declaración de la Sala, por la conducta del marido, no puede ser apreciado en perjuicio de la mujer, y además porque es doctrina de este Supremo Tribunal que el mero accidente de que los esposos estuvieran separados de hecho, no es obstáculo para admitir la existencia del adulterio": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 254-; "... Que como el mero hecho de que los consortes D<sup>a</sup> Ana P.C. y D. Pedro P.C., unidos en matrimonio canónico desde 1898, dejasen de convivir en el año 1905, según afirma la sentencia impugnada, no pudo determinar el rompimiento del vínculo matrimonial entre ellos existente, porque éste sólo se disuelve por sentencia firme del divorcio dictada por un Tribunal civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la ley de 2 de Marzo de 1932, claro es que si, subsistente el matrimonio entre dichas personas, el esposo, en ilícito ayuntamiento con quién no era su cónyuge, engendró sin rebozo en las respectivas inscripciones de nacimiento del Registro civil, en las que de igual modo figura el nombre y apellidos de la madre común de aquellas, las cuales reconoció más tarde expresamente como hijos suyos don Pedor P.C. por escritura pública de 9 de Agosto de 1932, es a todas luces evidente la continuada realización por este señor del adulterio que durante el expresado lapso ha venido cometiendo, y la injusticia notoria en que incide la sentencia recurrida al estimar con original criterio que los referidos hechos que atribuye al Señor P., no constituyen siquiera infidelidades conyugales del esposo sino "novedades" inapreciables como actos adulterinos del marido en razón a que con anterioridad al comienzo de las mismas y por otras causas habían quebrantado y roto los cónyuges la vida normal del matrimonio": Sentencia del Tribunal supremo de 4 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 582-.

(317) "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente": Artículo 56 del Código civil.

(318) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 597-.

(319) Artículo 105, causa 1ª, del Código civil.

(320) Artículo 448 del Código penal de 1870.

(321) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1325-: Demanda el marido alegando la causa 12ª del artículo 3º de la ley de Divorcio, reconviniendo la esposa por la causa del adulterio; habiéndose decretado el divorcio de los cónyuges por la citada causa de adulterio del esposo, se interpone por éste recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia, fundado

en la tesis que exige para que el adulterio sea causa de divorcio que el adúltero haya constituido públicamente un hogar con otra mujer que suplante a la legítima, sin cuya circunstancia se convierte en amancebamiento o fornicación, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo que declara derogados por la ley especial de divorcio los antiguos privilegios que el Código civil y el Código penal señalaban a favor del marido adúltero, que no lo era mientras no existiese escándalo público o menosprecio de la mujer:

"... Que no puede admitirse el criterio del recurrente al exigir para que el adulterio sea causa de divorcio que el adúltero haya constituido públicamente un hogar con otra mujer que suplante a la legítima, ni es oportuno apoyarse para defender tal criterio en el Código civil ni en el Código penal antiguo, porque la injusticia y privilegio que ambos Códigos señalan a favor del marido adúltero, que no lo era mientras no existiese escándalo público o menosprecio de la mujer, pero que jamás llegó a exigir hogar aparte con suplantación de la mujer legítima, desaparecieron con la ley especial de divorcio, que, sin distinción ni desigualdad alguna para los cónyuges, incluye el adulterio como causa 1ª de aquél sin más adición que la de no estar facilitado o consentido por el cónyuge que lo alega; y aun aceptando el amancebamiento tal como el recurrente, no dejaría de ser un adulterio continuado y una violación del deber de fidelidad conyugal, por lo cual, al declarar la Audiencia en su Considerando cuarto en relación con los hechos que detalla en su séptimo Resultando, probado el adulterio del marido alegado por la mujer en su reconvencción, ha analizado rectamente las pruebas practicadas sobre la realidad y ha sacado una deducción lógica y justa, así como en momento alguno facilitó o consintió tal adulterio, procediendo por ello desechar el motivo tercero de injusticia que en el recurso se alega".

Una enmienda de la Srta. Campoamor a la causa 1ª del artículo 39 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción de la misma:

"1ª: El adulterio, que tendrá igual consideración para uno y otro cónyuge" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 69 al NUM. 111):

Leída por segunda vez en la sesión del día 5 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, el Sr. Salazar Alonso, en nombre de la Comisión, señala que ésta entiende que, diciendo como dice el proyecto "el cónyuge", sin establecer diferencias entre uno y otro, está admitida la enmienda de la Srta. Campoamor, mas no entendiéndolo así ésta, pide la palabra en defensa de la enmienda por ella suscrita:

"... Al defender esta enmienda, parece que sólo voy a defender palabras; pero son palabras indispensables, y la Comisión dirá si tengo o no razón. El espíritu de la Comisión, al hablar de divorcio, es establecer una categoría de igualdad, sin distinción que eximan o reduzcan la culpa respecto a uno de los cónyuges por razón de sexo. Esto es indudable y acaba de confirmarlo el Sr. Presidente. Pero es el caso que tenemos el antecedente del Código civil, vigente todavía, cuyo artículo 105 define el adulterio, diciendo que es el cometido por la mujer en todo caso y por el marido, cuando haya escándalo u ofensa manifiesta para la esposa; y además, aún después de aprobados los principios de estas Cortes Constituyentes que regulan la igualdad absoluta de plano jurídico y legal entre uno y otro sexo, ha venido al parlamento el anteproyecto de Código penal, y en él se dice que el adulterio será castigado con pena de arresto mayor, si comete adulterio la mujer casada que yace con varón o el que yaciere con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. Y dice el artículo 434: "El marido que tiene manceba será castigado con pena de arresto mayor". Es decir, que en el anteproyecto modificativo del Código penal se sigue manteniendo la distinción entre adulterio y amancebamiento, diciendo que es adulterio el cometido por la mujer en todo caso y que el del marido es solo amancebamiento.

El Código civil no está modificado, y por si acaso, y para evitar modificaciones a la Comisión, bueno sería que desde ahora se sentaran estos jalones en el proyecto de ley de Divorcio, con lo cual a nadie ni a nada se ofende y quedan aclaradas las cosas, conforme a la legislación que rige en España, tanto civil como penal.

Repito que no creo que esto no esté en el espíritu de la Comisión, sino que ésta entiende

que esta causa es aplicable igualmente a uno y otro cónyuge; pero si hemos de atenernos al artículo 105 del Código civil vigente y si ha de aprobarse el anteproyecto de Código penal que conserva el criterio clásico del adulterio y del amancebamiento para la mujer y el hombre respectivamente, nos encontraremos con estas dos cosas: Primera, que la causa 1ª del artículo 39 de la ley de Divorcio no sería aplicable más que a la mujer. Segunda, que el amancebamiento, contenido y definido como tal en el Código penal, no estaría incluido entre las causas de divorcio. Esto, en realidad, poco supondría, puesto que siempre está la cláusula 7ª (u 8ª, no lo recuerdo bien en este instante), en que se habla de la violación grave y de la falta de cumplimiento de los deberes matrimoniales, y es evidente que entre ellos están los del artículo 56 del Código civil, uno de los cuales es que han de guardarse fidelidad los esposos. Pero entiendo que la ley adolece de cierta contradicción, en tanto éstos no se modifiquen; y con la adición que propongo a la causa 1ª (que pudiera ir como única causa, como va en la enmienda o injertada en el voto particular de nuestro compañero el Sr. Gomariz), el adulterio tendría igual consideración para uno u otro cónyuge, y de este modo habríamos ajustado la ley de Divorcio a los preceptos civiles y penales vigentes, según los cuales no es adulterio más que el que comete la mujer o el que comete el hombre que yaciere como mujer casada.

Yo cumplo mi deber llamando la atención acerca de estas anomalías, de estas contradicciones que existen en el momento jurídico presente; porque es natural que no todo ha podido ser mejorado ya por la República; pero en previsión de esas contradicciones que no dejarían de aducirse en los pleitos de divorcio -harto lo sabemos los abogados-, hago estas observaciones. Es preciso tomar todas estas previsiones para que no se aduzcan esas contradicciones, aunque éstas no existan en el espíritu de la Comisión, y para que no pueda abrirse un portillo para invocar una excepción a la causa 1ª del artículo 39. Por todo ello, invocando todo lo que está en el ánimo y en el espíritu de los presentes y la condición de igualdad, desde el punto de vista jurídico, de uno y otro sexo, si la Cámara acepta lo que está en el espíritu de la Comisión, se podrían agregar esas palabras y así se apreciaría el sentido de finura con que procede la Cámara, mostrándose más libre, más ligera, más juvenil que en el pasado, y que no queremos que esto se preste a erróneas interpretaciones ni dé motivo para que los pleitos de divorcio, en el orden procesal, se desenvuelvan con una serie de trabas, de querellas y de disquisiciones menudas que no era la voluntad de la Comisión ni de la Cámara llevar a la ley" (Intervención de la Srta. Campoamor en defensa de la enmienda por ella suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3654-3655).

Para el Sr. Piñuela, de la Comisión, ésta ha dictaminado el proyecto de ley de divorcio considerando en un plano de igualdad a los dos cónyuges, sin que, como intenta la Srta. Campoamor pueda, a través de esta ley civil, definirse un concepto penal:

"... La Comisión ha dictaminado el proyecto de ley de Divorcio considerando en un plano de igualdad a los dos cónyuges, marido y mujer. En ninguno de los artículos de la ley se manifiestan diferencias entre ambos. La Srta. Campoamor intenta que a través de esta ley civil de divorcio se entre a definir un concepto penal. Cuando llegue el momento de discutir la reforma del Código penal, creemos que será el instante de plantear este problema y la Comisión seguramente tendrá mucho gusto en votar de acuerdo con lo que acaba de exponer la Srta. Campoamor" (Intervención del Sr. Piñuela, de la Comisión, para oponerse, en nombre de ésta, a la enmienda suscrita por al Srta. Campoamor: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3655).

En turno de rectificación, y para mantener su enmienda, interviene en su discusión de nuevo la Srta. Campoamor:

"... Para contestar al individuo de la Comisión, que si yo precisamente, lo que pretendiera fuese rectificar un concepto penal, a mayor abundamiento sostendría mi enmienda. Tendría razón S.S. si lo que yo pretendiera fuese conseguir en la ley de Divorcio y en el precepto penal futuro, sentado este jalón, que no haya diferencias legales ni jurídicas entre uno y otro sexo por la comisión de delito, ya que se trata de la dignidad, suponiendo que existiera dignidad varonil frente a la femenina; pero como no se trata de eso, y hasta hoy está determinada una división, una marización diferente para el adulterio, entendido en términos morales, sociales y legales, para hombre y mujer, yo mantengo mi

enmienda y ruego a la Cámara que se pronuncie acerca de ella" (Intervención de la Srta. Campoamor en turno de rectificación en la discusión de la enmienda por ella suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3655).

Para convencer a la Srta. Campoamor de que en la forma que está redactado el artículo del dictamen recoge el espíritu y la finalidad de la misma y persigue a través de su enmienda, interviene en su discusión el Sr. del Río:

"... Muy brevemente, para ver si puedo convencer a la Srta. Campoamor de que en la forma que está redactado este artículo recoge el espíritu y la finalidad que ella persigue a través de su enmienda.

Desde el momento que dice: "el adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue", la redacción del artículo demuestra que están en una situación de igualdad uno y otro cónyuge; es decir, que el adulterio como causa de divorcio puede alegarse por un cónyuge igual que por el otro. La confusión de la Srta. Campoamor nace de comparar el Código civil con el penal, sin darse cuenta de que la ley penal no tiene que hablar de adulterio con relación al marido, porque con relación al marido no hay figura de delito, y por eso la ley penal tiene que decir: "el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido", porque es lo que en el orden penal es delito. Pero en el orden civil, desde el momento que el adulterio puede ser causa de divorcio para el cónyuge que lo alegue, están en situación de igualdad ambos cónyuges, y la aceptación de la enmienda de la Srta. Campoamor no llevaría nada nuevo al proyecto y haría la redacción más confusa. Por estos dos motivos la Comisión no acepta la enmienda" (Intervención del Sr. del Río, de la Comisión en la discusión de la enmienda de la Srta. Campoamor: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3656).

Aun cuando la Srta. Campoamor no parece convencerse de los argumentos del Sr. del Río, por la vigencia del artículo 105 del Código civil, que no es Derecho penal, su enmienda no es tomada en consideración por la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3656).

(322) Así, Fernando Suárez de Figueroa, en sus comentarios al divorcio votando en Cortes, y concretamente a la causa de adulterio:

"... El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue, disuelve el matrimonio; pero ¿cómo se entiende el adulterio? ¿es que el hecho de tener relaciones carnales uno de los cónyuges con cualquiera otra persona es constitutivo de adulterio? El Código civil, en su artículo 105, dice que es causa de divorcio (refiriéndose, naturalmente, al divorcio que sólo produce suspensión de la vida común) el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer. Este precepto considera más grave el adulterio de la mujer (ya que lo sanciona con divorcio siempre) que en el hombre, pero refiriéndose al adulterio no nos define lo que es. El Derecho Romano, al definir el adulterio, dice "alieni thori violatio, sivi coitus cum aliena uxore factus", violación del ajeno lecho, o sea el coito efectuado con la esposa de otro. Es decir, que ya el Derecho de Roma señalaba para existencia del adulterio: Primero, que para el varón era preciso que violara ajeno lecho con esposa de otro; que no era adúltero el varón si no era casada la mujer con quien yacía; segundo que para la mujer casada el yacer con varón constituía para ella siempre adulterio. Estos preceptos constan igualmente en la Ley 1ª, título XVII, Partida 7ª. Los antecedentes a nuestro Derecho civil vigente definen el adulterio como el hecho de yacer mujer casada con varón, y como el hecho de yacer varón (célibe, casado o viudo) con esposa de otro. De los preceptos que rigen hoy día como aplicación inmediata de la soberanía, puede deducirse una definición clara del adulterio. El Código penal, en el artículo 448, dice: "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio".

Según los anteriores razonamientos, la primera causa del artículo 39 de la última llamada Ley del Divorcio, no puede aplicarse por igual a ambos cónyuges aunque éstos falten a sus deberes conyugales. El marido puede siempre fundarse en dicha causa una vez probado por su mujer yació con varón que no fuera él; la esposa no puede invocar dicha causa aunque su marido tenga contacto carnal con mujer, nada más que en el caso de que esta mujer sea casada y lo sepa aquel" (Suárez Figueroa Fernando: Comentarios al divorcio votados en las Cortes. Revista de los Tribunales de Legislación Universal, tomo LXVI, 1932, p. 197).

7.2.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa primera del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en la causa primera del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite (323).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa primera del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede verse acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación, que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (324), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvencción como causa del divorcio o separación por ella interesado la primera del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, sentando en los hechos de su demanda o reconvencción la realización del adulterio de su cónyuge asignándolo de un modo expreso en dichos

escritos la atribución de actos concretos significativos del mantenimiento por el mismo de relaciones íntimas con persona cierta distinta de su cónyuge, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular en el pleito ninguna prueba dirigida a demostrar un supuesto adulterio cuya realización no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvención (325): Mas, según doctrina jurisprudencial, basta, para tener por cumplido este requisito, con que, estando formuladas las afirmaciones precisas para que se pueda reputar planteada la litis, sean éstas debidamente justificadas en el trámite probatorio del juicio (326).

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvención significativos del mantenimiento por el cónyuge a quien se imputa el adulterio de relaciones íntimas con persona distinta de su cónyuge:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvención determinantes del adulterio imputado al otro cónyuge.

¿Es necesario que la prueba practicada en el pleito aparezca confirmando el trato íntimo y carnal entre adúlteros para la aplicación de esta causa de divorcio o separación?:

Según doctrina jurisprudencial, si bien la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio debe interpretarse restrictivamente, este criterio no puede a su vez ser tan estrecho que no permita en caso alguno la aplicación y existencia legal de la misma (327): De ahí que, según esta misma doctrina, la apreciación de esta causa de divorcio o separación no exige

una prueba directa e inmediata del ayuntamiento carnal, sino que se reputa bastante, ya que no una prueba concluyente, difícil en la mayoría de los casos, dado que de ordinario se comete la acción que la constituye secretamente, presunciones violentas, indicios vehementes de los que racionalmente pueda deducirse la certeza moral del adulterio y de que se quebrantó la fidelidad conyugal (328).

La apreciación de esta causa de divorcio o separación por los Tribunales implica, pues, la necesidad de demostrar cumplidamente la existencia y realidad de los hechos que, concretamente, determinan la realización de actos fundamentalmente demostrativos de las relaciones existentes entre mujer y quien no es su marido o entre marido y quien no es su mujer, bastando, para que se le reconozca existencia, la de aquellos actos y manifestaciones que por su naturaleza impliquen y revelen inequívocamente el quebrantamiento de la fe conyugal (329), procediendo su desestimación cuando la prueba aportada a los autos no sea lo suficientemente precisa para llevar al convencimiento del juzgador la certeza del adulterio, por no desprenderse de la misma, ya que no pruebas concluyentes, presunciones violentas, indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal (330).

(323) Cfr. Criterio interpretativo de las causas de divorcio y separación, en NOTA 310 de la tesis.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 295-: Demanda la esposa alegando la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y habiéndose desestimado la demanda, se interpone por la misma recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia fundado en la no aplicación por la sentencia recurrida de la causa de adulterio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por no haber fundado en ella su acción de demandante:

"... Que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que para que la injusticia notoria, como causa de revisión en los pleitos de divorcio pueda prosperar es inexcusable que el recurrente evidencie la disconformidad palmaria del fallo recurrido con las resultancias de hecho acreditadas por las pruebas, o con la apreciación jurídica que de aquéllas derive el juzgador; pero adviértese desde luego al revisarse la prueba practicada en los autos, la racional apreciación que, de ella hizo la Audiencia de Granada para no por acreditados por la parte actora la existencia de ninguno de los dos motivos para el divorcio comprendidos en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley, coal dice la sentencia recurrida, porque, sobre no haber concretado aquéllas los malos tratos de que fue objeto, conforme aduce, que constituiría además, otra causa distinta de la alegada, la presencia de una mujer en el domicilio del demandado en calidad de sirviente, según él dice y la prueba no desmiente, tampoco demuestra la concurrencia en el caso de autos de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio ni en ella funda su acción la demandante, por

todo lo cual procede desestimar el recurso de revisión interpuesto por doña M.F."

(324) Como se ha de ver en su momento, en los pleitos de divorcio y separación, conforme al párrafo primero del artículo 51 de la Ley de Divorcio, "la confesión y el allanamiento de la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria".

(325) "... Que el recurso interpuesto por doña P.D. fúndase en el número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, por entender que comete injusticia notoria el fallo dictado por la Audiencia de Barcelona al estimar en contra suya la causa 1ª del artículo 3º de la citada Ley en el pleito de divorcio promovido por su esposo; y aunque dicho Tribunal en el único Considerando que contiene su sentencia, ... afirma que "habiéndose probado plenamente que dª P.D. ha mantenido relaciones ilícitas con un tercero" era de apreciar la concurrencia de la circunstancia 1ª alegada en la demanda, como quiera que la Audiencia de Barcelona calla cuales fueran los elementos probatorios que tomara en cuenta el raciocinio que emplease para adquirir ese profundo convencimiento de la culpabilidad de la demanda que en el Tribunal revela la parca pero rotunda aseveración antes consignada, imponiéndose por virtud del recurso interpuesto por Dª P.D. el exacto análisis de las pruebas practicadas atinentes a la grave causa del artículo 3º de la Ley estimada contra ella en el fallo recurrido, realizando este Tribunal en trámite de revisión la sesuda labor que en la instancia no se vislumbra se realizase en debido cumplimiento de las obligaciones que la incumben a la Sala sentenciadora.

Ante todo, que basta la simple lectura de la demanda para advertir que no obstante alegar don J.R. en los fundamentos de derecho de la misma como exclusiva causa del divorcio por él interesado la 1ª del artículo 3º de la Ley, no asignó a su esposa de un modo expreso en dicho escrito, hecho concreto alguno significativo del mantenimiento por ella de relaciones íntimas con persona cierta distinta de su cónyuge; porque ni la indeterminada manifestación de que "según noticias no hace vida honrada en Valencia" alegada en el hecho 5º de la demanda, ni menos aún el supuesto deseo de Dª. P. de querer disfrutar de ciertas libertades por él no podía autorizar dignamente a que alude en el hecho 6º contienen la atribución de la demanda de un solo acto definido de la indicada naturaleza que justifique la alegación en la demanda de la causa 1ª del artículo 3º de la ley del Divorcio.

Que de lo dicho se desprende que una vez trabada la litis no puede en buena fe formular en el pleito don J.R. ninguna prueba dirigida a demostrar un supuesto del que se alega la realización no había sentado en los hechos de la demanda; pero aunque se deje a un lado el indicado aspecto procesal del problema a resolver en el recurso entablado y se entienda lícita la consideración en la prueba testifical del actor ante el juzgado puesto que de otra clase no existe en los autos de aquel pretendido adulterio de la demandada, es notorio que, de la afirmación por los testigos del demandante de la 1ª pregunta del interrogatorio referida a la conducta muy irregular que observaba la esposa con su marido y en las obligaciones de la casa, no puede deducirse lógicamente la existencia de relaciones íntimas de doña P.D., con persona cierta extraña a su esposo, integrantes de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio única alegada en la demanda.

Igualmente, que si bien en la pregunta 8ª se interroga a los testigos acerca de si saben por haber tratado al matrimonio que doña P.D. no ha sido fiel a su esposo y fue muy criticada por tener amistades íntimas con determinados hombres, adviértese que de los 10 testigos que comparecieron de los 11 propuestos por don J.R. sólo 5 contestaron la pregunta y otro la ignora, y el primero de aquéllos la afirma de referencias; dos más de rumor público y notorio; al portero de la casa en que habitó el matrimonio le consta la certeza de la pregunta por haber presenciado que en cierta ocasión dos mujeres se presentaron en el domicilio de los cónyuges y doña P.D. bajó a hablar con ellas; y a otra testigo porque tiene una tienda y cuando el Sr. T. se marchaba del domicilio vaía salir a la demandada que no regresaba hasta las nueve o más de la noche y la ha visto acompañada de quienes no eran su marido; y si ninguno de los referidos 5 testigos atribuye de ciencia propia a Dª. P. la realización de actos fundadamente demostrativos de las nefandas relaciones existentes entre una mujer casada y quien no es su marido que la alegación de la causa 1ª del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 en un pleito de divorcio supone, o que constituyan indicios graves y concluyentes de la existencia entre dichas personas de continuado trato carnal; y si por otra parte a su esposa en relación



y si por otra parte el demandante mismo después de no aseverar rotundamente que haya visto a su esposa en relación íntima con algún hombre, confiesa además que carece de medios para justificar que haya tenido aquella relación ilícita con otros hombres lo cual viene a explicar que don J.R. no pudiese consignar en la demanda hecho alguno relativo a la infidelidad de su cónyuge, palpable y evidente es que al estimar plenamente probado la Audiencia de Barcelona que D<sup>a</sup>. P.D. mantuvo relaciones ilícitas con un tercero cuando la racional y lógica apreciación de la prueba no conduce en verdad a la adquisición del acabado convencimiento a que el Tribunal de instancia llega en su ausencia, incurrió en error manifiesto al ponderar la prueba, siendo por tanto patente la injusticia notoria que contiene el fallo recurrido al declarar culpable a doña P.D. por consecuencia de aquel yerro de la causa 1<sup>a</sup> del artículo 3<sup>o</sup> de la tan repetida Ley, y la procedencia en su virtud del recurso por ella interpuesto": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi 957-.

(326) "... Que no puede estimarse como violación de las formalidades esenciales del juicio productora de indefensión a que se refiere la causa 2<sup>a</sup> del artículo 57 de la Ley de divorcio, el hecho de no precisarse en la demanda con todo detalle y pormenor la circunstancia del hecho del adulterio alegado como causa de divorcio, ya que en la demanda se concretó el mes en que se cometió, se alude a su publicidad y escándalo por haberlo recogido el periodico "La Región" de Santander, del que se acompañaron tres ejemplares y se detalla minuciosamente en el interrogatorio que el marido demandante presentó para sus testigos, sin que por otra parte la mujer demandada haya propuesto excepción alguna en su contestación, basada en aquella indeterminación": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 437-.

(327) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1365-.

(328) "... Que fundada en los mismos hechos la demanda, sin embargo, se apoya en dos diferentes causas del artículo 3<sup>o</sup> de la Ley de Divorcio, cuales son la 1<sup>a</sup> y la 8<sup>a</sup>, precisamente aquella para su estimación, ya que no una prueba concluyente, difícil en la mayoría de los casos, dado que de ordinario se comete la acción secretamente, presunciones violentas, indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1407-; "... De la prueba practicada no adhiere esta Sala el convencimiento del ayuntamiento carnal con la persona que en la demanda se cita, aunque en orden a esa clase de hechos por ser íntimos y verificados de ordinario en secreto, no se precisen rigurosas probanzas, bastando a tal efecto presunciones vehementes, que tampoco concurren": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1551-; "... Que del atento examen de lo actuado se adquiere la convicción del acierto con que ha procedido la Sala sentenciadora ponderando los diversos elementos probatorios en los que existen méritos suficientes tanto si se atiende a la prueba testifical como si la documental y de confesión se contempla, para deducir la realidad de la causa 1<sup>a</sup> del artículo 3<sup>o</sup> de la Ley de Divorcio que por su misma naturaleza, casi excluye la prueba directa, razón sobrada para que se le reconozca existencia cuando los indicios que la revelan son tan vehementes que naturalmente conducen a la racional conclusión de que el adulterio se ha cometido": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1148-; "... Que es alegación cardinal del presente recurso la que la Sala sentenciadora ha condenado al demandado por causas de divorcio correspondientes a los números 1<sup>o</sup> y 8<sup>o</sup> del artículo 3<sup>o</sup> de la Ley, sin una verdadera prueba de los hechos aducidos en la demanda y en virtud de simples indicios de la violación del deber de fidelidad; mas es lo cierto que ni se ha fundado solo el Tribunal Sentenciador, en esta específica violación y si tambien en la de los demás deberes que el matrimonio y la paternidad imponían al demandado, ni se ha apartado un punto, en la apreciación del adulterio, de las reglas de la sana crítica ya que, desde el momento que tal causa de divorcio, segun el sentido constante de la Jurisprudencia patria, no exige la prueba directa e inmediata del ayuntamiento carnal, bastando la de aquellos actos y manifestaciones que por su naturaleza impliquen y revelen inequívocamente el quebrantamiento de la fe conyugal, no cabe duda que han de ser reputados como concluyentes,

en el caso actual los elementos probatorios que han contribuido a formar la convicción del Tribunal y que demuestran que, no sólo la fama pública, sino la propia y escandalosa jactancia del demandado, pregonaban el anancebamiento en que este vivía": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia de 1935, Aranzadi, 250-; "... Que con arreglo a la doctrina sentada por esta Sala, para que pueda estimarse la causa de adulterio como fundamento de un divorcio precisa no una prueba concluyente difícil en la mayoría de los casos, dado que se comete la acción que la constituye secretamente, bastando presunciones violentas e indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2329-; "... Que atendiendo al sentido constante de la jurisprudencia, que no requiere prueba directa del ayuntamiento carnal, sino que reputa bastante las presunciones concluyentes por las que se adquiere la certeza moral del adulterio y de que se quebrantó la fidelidad conyugal...": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 53-; "... Que según la jurisprudencia de esta Sala, la causa de adulterio, para ser estimada, precisa, ya que no una prueba concluyente, difícil en la mayoría de los casos, dado que de ordinario se comete la acción secretamente, presunciones violentas e indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1369-.

(329) "... Es obligado reconocer la realidad de la causa 1ª, pues además de los testimonios, que así lo afirman, hay unida al juicio una certificación expedida por la Dirección General de la Guardia Civil, en la que se dice estar plenamente demostrado el público adulterio del esposo de la recurrente, la que aún conociéndolo, no aparece que en ningún momento lo consintiera, y menos que lo facilitara; todo lo cual exige declarar la procedencia del recurso de revisión por el motivo alegado y decretar el divorcio por la causa 1ª del artículo 3º de la citada ley por la culpabilidad del esposo reconvenido": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1757-; "... Por otra parte que la delicada atención inicial a la demanda y mantenida en el curso del pleito de omitir el nombre de la amante del demandado no puede servir a éste cual pretende, de base firme en que apoyar fundadamente la revisión del fallo recurrido cuando, como en el caso de Autos ocurre, la apreciación de las pruebas practicadas conforme a un lógico e inteligente criterio, condujo al Tribunal "a quo" a la precisa distinción inequívoca de una persona del sexo femenino, sea cual fuere su verdadero nombre con la que, según afirma la Sentencia y confirma la revisión de aquellas había vivido y continuaba haciendo vida marital durante la tramitación del pleito al Sr. A.D., quien, como la Audiencia de Sevilla observa, tampoco lo negó de un modo terminante, en los Autos": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 1983-; "... Que la Sala de Instancia, para dictar su fallo, analizó la prueba en conjunto con singular acierto, y extrajo de ella las consecuencias lógicas de la Sentencia impugnada, pues, tanto por los diversos elementos dispersos que examinó, como muy especialmente los contenidos en el testimonio aportado del pleito canónico, se demuestra la existencia del adulterio imputable al esposo, sin que sea lícito invocar en contra de esta declaración el especial pronunciamiento del Tribunal de la Rota, después del cual, y con tan tanjante menosprecio de la censura impuesta, el marido reanudó la vida común en compañía y hogar de la misma mujer, cuyas íntimas y públicas relaciones extramatrimoniales determinaron antes la sanción de la Curia eclesiástica; y este hecho, confesado paladinamente en estos autos civiles, al absolver la pregunta 7ª del pliego de posiciones, revela una contumacia característica de su incidencia reiterada, suficiente para integrar sin atenuaciones la causa de divorcio 1ª del artículo 3º de la Ley de Matrimonio y, en consecuencia, procede desestimar el presente recurso de revisión por injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 732-; "... Que tampoco incurre el tribunal de instancia en injusticia notoria al decretar el divorcio por la concurrencia de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, porque, probado por varios medios, y sobre todo por la hoja suscrita por el mismo Sr. G.R. para el empadronamiento Municipal que este, siendo casado con otra, vivía maritalmente con Dª A.B., ese hecho encaja indudablemente en la causa de divorcio antes expresada, como también en el artículo 452 del Código penal de 1870, aunque esto no sea necesario para los efectos de este recurso, pues

el escándalo queda demostrado por la circunstancia misma del reconocimiento oficial": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 494-; "... Es forzoso reconocer que en la Sentencia recurrida se ha estimado con error notorio y manifiesto la prueba practicada en demostración de la existencia de la causa 1ª, artículo 3º de la citada ley, alegada en la demanda, pues aún siendo innegable que la practicada ha sido tan copiosa y aparentemente contradictoria que solo un detenido estudio permite formar exacto concepto de todo su contenido, también es palmario, evidente y sin género de duda racional que en todo el proceso resalta con absoluta claridad la vida licenciosa del marido y sus infidelidades conyugales claramente demostradas por testigos presenciales de las asiduas visitas a una joven de dudosa conducta, y documentalmente con el auto de procesamiento dictado en causa criminal seguida por virtud de querrela de la esposa por amancebamiento de su marido, con el proceso canónico que terminó por sentencia condenatoria del marido fundada en la causa de adulterio y con el acto de la diligencia de registro ordenada por el juzgado en la que consta haber encontrado en el domicilio de la manceba, después de mediada la noche, al demandado en una habitación a oscuras, inmediata a la de la concubina que se hallaba acostada en una cama matrimonial": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 296-; "... Que, examinado el recurso de revisión interpuesto por la representación de la Sra. O., fundado, también, en la causa 3ª del artículo 57 de la tan repetida ley de 2 de Marzo de 1932, es de observar que, aunque la Sala sentenciadora, reflejando en sus razonamientos la resultancia de la prueba practicada, reconoce la certeza de haber realizado, el Sr. K., los actos a que se alude en el precedente considerando, en cambio, y con evidente y palmario error en la apreciación de la misma, no llega a calificar, aquellos actos, de adulterio, no obstante la declaración unánime y no contradicha de 9 testigos de distinta condición social, que afirman haber visto al Sr. K. con una señora que no es su mujer legítima, en varias ocasiones, acudir de noche a uno de los pisos de la casa sita en la C/ Francisco Silvela, nº 93, en donde permanecía cerca de 2 horas, saliendo de ella juntos, en gran intimidad y ocupando el coche que había antes llevado el Sr. K., confirmando y corroborando tan terminantes manifestaciones, otro testigo que asevera que en un garaje, del que es dueño, encerraba su auto el Sr. K., cuando iba a la citada causa de la C/ de Francisco Silvela, por la noche y salía de ella con una señora, con la cual se introducía en aquel vehículo no estando en oposición estas declaraciones como afirma, equivocadamente la Sala sentenciadora con las prestadas por los testigos del actor, ya que estas limitadas al abonamiento del concepto y fama de los inculpaos, no contrarían ni desvirtúan aquellas claras, precisas y categóricas afirmaciones que ponen de manifiesto la existencia y realidad de los hechos que, concretamente, determinan el adulterio de que se acusa al Sr. K. y sin que por último, contraríen ni menos destruya tan eficiente prueba, el hecho que la Sala sentenciadora aduce como probado, de que los testigos no conocían a la Sra. que acompañaba al Sr. K., pues aunque tal sucediera y no fuera dicha Sra. la aludida y mencionada en la demanda reconventional, sino otra mujer distinta, siempre se destacaría el hecho determinante del adulterio que se persigue como causa de la separación que se pretende": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 806-; "... Que aún prescindiendo, conforme a lo ordenado en providencia de 20 de Febrero último, de las manifestaciones que ante esta Sala formuló la parte recurrente relativas a que, según certificación que acompañaba y le fue devuelta, habían sido condenados en juicio de faltas D. J.M. (el recurrente) y D. L.A., por haberse lesionado mutuamente en riña que sostuvieron, a causa de encontrar, el Sr. P., en la noche del 29 de Diciembre último en la calle de Alcalá Zamora, junto a la verja del Retiro, a su esposa doña O.M. cogida del brazo de D. L.A., es palmario y evidente que al reconocer expresamente, el Tribunal "a quo", la singular fuerza inductiva que nace de las afirmaciones de los testigos de la parte actora en orden a la realidad del adulterio cometido por la esposa demandada, y no declarar, sin embargo, la existencia de éste, que estimó el juez instructor, por el único fundamento de ser difícil o casi imposible que se realizaran los hechos adverbados por aquellos testigos, por cuanto doña O.M. acostumbraba a salir, según su prueba, con familiares suyos, incide en flagrante y manifiesta equivocación "de facto", en cuanto a la apreciación de la prueba, e infringe, la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, que debió aplicarse en virtud de las resultancias de las pruebas, cometiendo, en su consecuencia,

la Sala sentenciadora, la injusticia notoria que señala el nº 3º del artículo 57 de la citada ley, procediendo, por ello, estimar el recurso de revisión interpuesto por el actor D. J.M., decretando el divorcio vincular que solicita y declarando cónyuge culpable a la demandada doña O.M., a quien, como cónyuge vencido se le imponen las costas causadas": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 920-; "... Que un detenido examen de lo actuado en este pleito, no permite abrigar duda racional respecto al acierto del fallo recurrido por cuanto el hecho acreditado de haber sido sorprendido el demandado en la habitación de un hotel de esta villa acostado en compañía de una mujer que no era su esposa y ambos completamente desnudos, es suficiente a demostrar la infidelidad conyugal integrante de la causa 1ª de la señaladas en el artículo 3º de la ley de divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 928-; "... Que fundada por el marido su demanda en la causa 1ª del artículo 3º de la ley de Divorcio, o sea en el adulterio de la mujer y acompañando a la demanda cuatro cartas de ésta, dos dirigidas a su amante y otras dos a la hermana del propio marido, en todas las que reconoce y confiesa claramente su adulterio, al hecho de no haber comparecido la mujer al juicio ni cuando fue emplazada para contestar a la demanda motivando su rebeldía procesal, ni en las dos veces que fue citada para el reconocimiento de aquellas cartas, la última vez con el apercibimiento de poderla tener por confesa si no comparecía sin justa causa, no autoriza al juzgador a negar todo valor y eficacia probatoria a aquellos documentos, desestimando con ello la demanda, sino al contrario, es un caso manifiesto de aplicación del artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento civil y de hacer uso de la facultad que tal artículo concede al juzgador de tener por confesa a la mujer en el contenido de las cartas, pues lo contrario, sería no sólo no aplicar rectamente el mencionado artículo sino convertir la rebeldía en una situación de privilegio del litigante": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1114-; "... que procede estimar la injusticia notoria de la sentencia recurrida, alegada como fundamento del presente recurso de revisión, porque el adulterio del marido que como primera causa de separación invocó la mujer en su demanda y desestima la Audiencia, aparece cumplida y claramente acreditado, primero, por declaración de los 5 testigos que en el recurso se mencionan y los que de propia ciencia y observación saben y les consta la vida marital y relaciones ilícitas que el demandado M.B. sostiene con J.G., conviviendo en la planta baja de la casa nº 35 de la calle de los Póstagos, hoy Prieto Mera, de Málaga, y afirmando incluso el cobrador del alquiler del piso que hasta el 1 de Febrero de 1933 los pagaba "el demandado o una mujer que con él vive", y desde dicha fecha, que coincide con la de la presentación de la demanda, los abonó dicha mujer; segundo, por prueba documental, ya que el folio 27 obra el contrato de arriendo de aquel cuarto, firmado por M.B. como arrendatario, en 8 de enero de 1931 y calidad de "soltero", contrato reconocido por él como auténtico en su confesión judicial y que fue transpasado a J.G. desde primer de febrero, según esta misma reconoce en su declaración; tercero, porque según confirma el demandado al absolver posiciones, no tiene más que un hermano de unos 22 años y según la certificación del Registro civil del folio 29, sus padres tuvieron una niña el 7 de Mayo de 1931, según datos facilitados por I.G., hermana de J., niña que, según la demandante, es de su marido y de la amante; y cuarto, porque el propio marido, en su escrito formalizando el recurso de revisión, declarado caducado y perdido por no haber comparecido en este I.S., reconoce paladinamente su adulterio, aunque queriéndolo justificar con la conducta irregular de su mujer, que los testigos niega. Que ante tan manifiesta contradicción entre la prueba y el fallo, la injusticia notoria de éste se produce, sin que haya indicación alguna de que la mujer facilitase o consintiera el adulterio, ya que, al contrario, reconoce la amante que tuvo un juicio de faltas con la actora por ir ésta a protestar a casa de aquélla de las relaciones que con su marido mantenía": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1329-; "... Que de la prueba practicada a instancia de la recurrente se acredita con toda evidencia el adulterio del marido alegando por ella en su reconvención como causa única de la separación que solicita fundándose en el número 2º del artículo 36 y causa 1ª del artículo 3º de la ley, porque no solo tres testigos sin tacha legal declaran que el marido vive en B., calle C., número 272, bar y casa de comidas, con una mujer que mencionan y que no es su esposa, haciéndose pasar por matrimonio, añadiendo otro testigo que el verano último fueron juntos al pueblo de Rialp,

no ocultando su amancebamiento, sino que en la copia literal de la hoja de padrón, aportada a autos, aparece el marido demandante conviviendo con una mujer distinta de la demandada y a la que califica de esposa, por lo que al no estimar aquel adulterio la sentencia recurrida alegando que la prueba es imprecisa y contradictoria, incurre en la injusticia notoria invocando en el recurso por la manifiesta disconformidad entre lo resuelto y la inequívoca resultancia de lo actuado": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2196-; "... Que la injusticia notoria, base del anterior recurso se funda, en que la Audiencia ha apreciado erróneamente la prueba practicada al deducir de ella la existencia del adulterio de la mujer invocada por el marido en su demanda, cuando, según el recurrente, no existe en el juicio más que "meras suposiciones" de la realidad de tal causa de divorcio y no el convencimiento de conciencia que se afirma en el considerando de la sentencia recurrida, pero después del contenido de las tres cartas aportadas por el marido y firmadas con el nombre de la mujer aún no reconocidas por ésta, en armonía y relación con la declaración de los 7 testigos de aquél, uno de ellos cuñado de la demandada y otro criado de la casa, no es posible, lógica, serena y razonablemente, estimar como simples sospechas las categóricas afirmaciones de éstos sobre la veracidad de los hechos de la demanda y desestimar por no probado, un adulterio que todos los testigos confirman, sin que la mujer haya formulado otra prueba que la confesión judicial del marido y ella litimada a dos posiciones que en nada desvirtúan ni contradicen aquel hecho básico de la acción ejercitada, por todo lo cual desestimar el recurso procede": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1785-; "... Que ... la sentencia recurrida... incide en flagrante y palmaria equivocación, de facto y de iure, al no reconocer y estimar la causa 1ª del expresado artículo, aducida también por la parte actora, referente al adulterio de su marido R.F. con la sirvienta A., ya que de la carta y fotografía, reconocidas en las actuaciones, que la actora acompañó con su demanda, y en las que mutuamente, y con el diminutivo cariñoso de Titíño y titiña se corresponden el demandado y la sirvienta A. y de la abundante prueba testifical, que corroborando el contenido de la carta y dedicatoria de la fotografía, afirma la existencia de relaciones ilícitas entre el R. y la A. y al de ser tenidos en público concepto como amantes, se desprenden concluyentes pruebas, en derecho, del adulterio que se discute, sin que sea necesario como erróneamente entiende el Tribunal de instancia que de la prueba aparezca confirmado el trato íntimo y carnal entre adúlteros, ya que éste debe deducirse o presumirse cuando median aquellas reprobables relaciones que marcan singularmente la nota de infidelidad de uno de los esposos, y que determinan a los efectos de la ley de méritos, la existencia del adulterio, procediendo, en su consecuencia, estimar la injusticia notoria en que incurre, por tal motivo, la Sala sentenciadora, revisando la sentencia recurrida en el extremo referente a desestimarse en el fallo, la causa 1ª del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, invocada con otras por la representación de la recurrente doña A.C.": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1935, -Repertorio de Jurisprudencia, 1935, Aranzadi, 1823-; "... Que en el caso de autos engendran esas presunciones violentas e indicios vehementes las concretas declaraciones de los testigos que obran a los folios..., en las que contestando a la pregunta 2ª del interrogatorio presentado por la parte demandada con relación a la reconvencción por la misma ejercitada, dicen haber visto entre la demandante y el señor C. actos de extrema franqueza y familiaridad propios más bien entre mujer y marido; concretando hechos, manifiestan 4 de ellos que cuando los obreros salían de la fábrica los aludidos permanecían encerrados dentro de ella bastante tiempo, asegurando 3 de los mismo que habían observado señales en el suelo que demostraban habían ejercitado actos carnales; otros 3, que vieron que en el despacho donde estaban solos se hacían mimos constantemente; uno de ellos, que los vió de noche por la carretera cogidos del brazo; otro que los vió dando un paseo estrechándose con frecuencia las manos y por fin llegaron a besarse, y otros dos por último afirman que en una ocasión llegó el marido a su casa, llamó para que le abrieran, no lo hicieron, y cuando se retiró cansado de esperar vieron salir de dicha casa al Sr. C.. Que sentado lo que consta en los fundamentos precedentes es indiscutible que el Tribunal "a quo" ha procedido con injusticia notoria al no apreciar la causa de adulterio alegada por el demandado por vía de reconvencción, y que en su consecuencia proceda revisar la sentencia recurrida y decretar el divorcio solicitado por dicha causa 1ª del artículo 3º de la Ley de divorcio con los pronunciamientos precedentes":

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 7329-; "... Que el detenido examen de lo actuado cabe afirmar que la sentencia recurrida no se acomoda a dichas normas al valorar los hechos en que se funda la alegación de la causa 1ª del artículo 3º de la citada Ley, consistentes en que al regresar el recurrente la noche del 8 de Abril de 1934 del Teatro con un amigo que había de dormir en su casa, sorprendió a su esposa Dª. T.B., en camisa, en el cuarto donde dormía el huésped don J.S., hecho que se reconoce cierto en el quinto de los establecidos en la reconvencción formulada por la demanda al contestar la demanda si bien alegando que fue llamada por S. por haberse indispuerto y con ánimo de socorrerle y cuya veracidad confirmó también este testigo al contestar a la pregunta 17 del interrogatorio formulado por la parte actora, aseverando ser cierto que fue sorprendido el día 8 de Abril de 1934 con la señora B. por la noche en su habitación estando aquella en camisa y la habitación a oscuras, pero que ellos fue debido a que el declarante no se encontraba bien de salud y avisó para que lo asistiera, a dicha señora; y aparte de la notoria gravedad que en sí encierra este hecho, varios testigos ponen de relieve otras censurables ligerezas de dicha señora como mujer casada y la mala concepción que por ello merecía a los vecinos": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 53-; "... Que no existe la injusticia notoria alegada en el recurso, porque en primer lugar no pueden estimarse como simples indicios de la existencia del adulterio de la mujer, los hechos no combatidos que la Audiencia consignada en el primer Considerando de su sentencia y que constituyen suficientes medios de prueba de la realidad de aquella causa, y en segundo término, porque aun admitiendo que solamente fueran indicios ellos son en cantidad y calidad bastantes para que racionalmente pueda deducirse de ellos con toda claridad adulterio apreciado en el fallo recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 69-; "... Que aunque las circunstancias que matizan cada caso concreto y entre ellas las que se relacionen con la profesión y plano de vida de los cónyuges, hayan de ser tenidas en cuenta para determinar el alcance y gravedad que, en orden a la conducta matrimonial, revisten los hechos que, como constitutivos de las causas de divorcio 1ª y 8ª del artículo 3º de la Ley, se imputan a uno de los cónyuges por el otro, es indudable que hay un minimum de exigencias familiares y de decoro social de las que no pueden nunca ser dispensado el marido, aunque los negocios a que se dedique le obliguen a tener trato con artistas, de cualquier género o categoría que sean; y como, en el presente caso, los supuestos de hecho que da por probados la Sala Sentenciadora, conforme a la resultancia de los autos, al declarar que el demandado ha mantenido públicamente dos amantes, con las que se ha exhibido en las calles y establecimientos de Barcelona, y en el suyo propio, incluso pernoctando durante una temporada en el domicilio de una de ellas, ninguna relación guarda con el contacto, meramente mercantil, que dicho demandado estuviera obligado a mantener, por razón de su negocio, con las artistas que hubiera de contratar, carecen de toda eficacia los motivos primero y cuarto del escrito de formalización del recurso, que pretenden, por lo demás, sustituir el criterio del juzgador por el del recurrente, contra la norma repetidamente sancionada por la jurisprudencia de esta Sala": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1008-; "... Que la causa fundamental y más grave alegada en estos autos es la 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio y al apreciarla la Audiencia no incurrió en injusticia notoria como se afirma en el segundo motivo del recurso ya que aparte de no ser preciso para su estimación que conste la fecha en que se consumó, como pretende el recurrente, por ser ello de imposible prueba en la mayoría de los casos dado el secreto en que se produce, de las declaraciones testificales apreciadas conforme a un criterio racional, aparecen patentes presunciones del adulterio del marido con determinada mujer, con la que vive bajo un mismo techo durante varios años, con la que, como acertadamente dice el Tribunal de instancia, podía terminar para siempre sus relaciones íntimas, siendo como afirma una criada suya, tanto más cuanto que ese hecho es el que produce la ruptura de la convivencia matrimonial; presunciones que el propio recurso acrecienta al deslizar, sin prueba de clase alguna, que el adulterio fue consentido": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1413-.

(330) "... Que no puede estimarse probada la causa de divorcio número primero alegada por el actor, pues en cuanto al parto de la demandante, que se señala en lugar preferente, reconocido en el pleito que los cónyuges vivieron juntos algún tiempo desde el 19 de Marzo de 1923, y que soña Rosario C. dió a luz en 13 de Diciembre del mismo, y expuesto en el informe pericial de autos que no se puede afirmar científicamente cuándo comienza la gestación, que el plazo normal de la misma es de 270 a 280 días, pudiendo prolongarse de 8 a 10 días, o abreviarse de 6 a 8, es claro que con ese informe no se acredita la imposibilidad física o en marido de haber tenido acceso con su mujer oportunamente, ni, por tanto, el adulterio; y por lo que hace a las demás pruebas practicadas en tal sentido, nada acreditan los rumores, sospechas, referencias, todo impreciso, de que hablan los testigos o las cartas familiares o de amigos": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1588-; "... Que la injusticia notoria se apoya en dos motivos; uno..., y otro el no admitir la causa 1ª o sea, el adulterio invocado por la mujer en su reconvencción, apreciaciones de la Audiencia que no integran la injusticia notoria, porque... en cuanto a la desestimación del adulterio, aparte de que de él no hay más dato en los autos que una carta dirigida en 1928 por el marido al Abogado de su mujer, en la que le dice: "he fundado un hogar, vivo con mi madre, muy viejecita, y con sus nietos", no se ha acreditado en forma alguna que en ese nuevo hogar viva con otra mujer más que la madre del marido, y que los nietos a que éste se refiere sean hijos suyos, por lo que tampoco puede estimarse la injusticia notoria en la denegación de tal causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 781-; "... Que el otro motivo que sirve de base del recurso, es el de no haber estimado el Tribunal sentenciador la existencia de adulterio cometido por la esposa; pero este motivo no puede prosperar en razón a que la Sala, apreciando todos los elementos probatorios obrantes en el pleito, no ha encontrado justificación suficiente para dar por probada la existencia de tal causa, sin que en modo alguno se pueda sostener con fundamento que al hacerlo así incurrió en notoria injusticia, como el recurrente alega; pues si, como queda anteriormente consignado, basta con que aquel creyera en la infidelidad de su esposa para que los actos realizados bajo esa persuasión justifique en cierto modo su conducta, ello no significa de ningún modo reconocimiento de que estuviera en lo cierto al concebir sus sospechas productoras de ese estado pasional de celos que le dominaba sino que, por el contrario, la Sala juzga que esos celos eran completamente injustificados": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 761-; "... Que, examinada con un criterio racional y lógico, patentiza, ya que no la concurrencia de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio que requiere, según doctrina de esta Sala, cuando menos presunciones violentas, indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal, no siendo suficiente a estos efectos un auto de procesamiento dictado en la correspondiente a estos efectos un auto de procesamiento dictado en la correspondiente querrela por adulterio...": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 763-; "... Que la Sala sentenciadora no incurrió en injusticia notoria al no apreciar la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada en la demanda objeto del primer fundamento del recurso de revisión, por cuanto la prueba aportada a los autos, escrupulosamente examinada, no es lo suficientemente precisa para llevar al convencimiento de la Sala la certeza de una causa tan grave, ya que de ella no se desprenden indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1440-; "... Que el Tribunal de instancia no incurre en la injusticia notoria que el recurrente invoca a los fines de que prospere la revisión que interpone, toda vez que en el supuesto de la certeza del aborto, que se atribuye a la demanda, extremo, que, aún negado, no envolvería palmaria y flagrante equivocación del juzgador, ya que un simple certificado médico no evidencia ni hace indiscutibles las manifestaciones que en él se contienen, ni demuestra al recurrente como lo exige la doctrina establecida por este Tribunal Supremo, que el Tribunal "a quo" padeciese manifiesto error al no deducir de las pruebas suministradas por el actor, que debe estimarse hecho probado que aquel aborto, supuesta su existencia, fuera fruto de relaciones mantenidas por la demanda con personas distintas de su marido; procediendo, en consecuencia, se declare no haber lugar a la revisión de la sentencia de mérito": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 424-; "... Que las acciones y hechos a que se refiere el

acta notarial que se acompañó a la demanda, y aun las declaraciones del señor E., que dice haber visto, cuando se encontraba instalado un aparato de radiotelefonía en una habitación del piso bajo del domicilio conyugal, que se encontraba un hombre a quien el testigo no conocía, no constituyen, los indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal ni provocar la certeza moral ni la segura inducción sobre los que pudiera apoyarse la sentencia declarativa del adulterio": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 70-; "... Que es evidente la injusticia notoria en que incurre el Tribunal "a quo" al decretar el divorcio de mérito y declarar culpable al mismo cónyuge don A.M., estimand las causas 1ª y 9ª de la ley de régimen, alegadas, con otras por la demandante doña C.R., en cuanto afectó a la primera de ellas, porque, en la sentencia recurrida, se hace derivar únicamente, el supuesto adulterio del esposo, la cual, según afirma doña C. y declara la Sala sentenciadora fue contraída, por el don A. con anterioridad a su matrimonio": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 489- "... Que alegadas por el actor de la demanda origen de este pleito las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, la Sala sentenciadora al desestimar la primera obró acertadamente, como lo patentizan los razonamientos que aduce en el primer Considerando de la sentencia, al estimar que no puede servir para fundamentar la concurrencia de dicha causa la comunicación de la demanda por señas con un vecino ni las cartas que se acompañaron a la demanda porque no son bastantes para adquirir la certeza moral del adulterio y del quebrantamiento de la fidelidad conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 524-; "... Que la prueba practicada en este juicio, que ha servido de fundamento a la Sala para dar lugar a la demanda deducida contra doña A.A. por su marido don A.D. está reducida a 3 testigos que tenían trato íntimo con el demandante, que los 3 habitan en la calle del M. de C. número 25, los cuales, si bien afirman las preguntas 22, 24 y 26 del interrogatorio, que son las tres que se refieren a hechos indiciarios del adulterio imputado, manifiestan que los conocen de referencia, circunstancia que impone que no puedan estimarse como presunción violenta ni indicios vehementes de la existencia de esa causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1369-; "... Que si bien la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio no concurre en el presente caso en contra del marido, porque revisados minuciosamente los autos y pruebas practicadas ante el Juez, única que puede tenerse en cuenta, no existen presunciones violentas que lleven al convencimiento de esta Sala que existió el adulterio": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1378-; "... Que para que pudiera darse injusticia notoria en el fallo de instancia, por no apreciar la existencia de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio con respecto a la esposa, sería preciso, que las dos cartas en que aquella se funda, implicasen y revelasen inequívocamente el quebrantamiento de la fe conyugal y como quiera que a pesar de un contexto no conducen fatalmente a tal conclusión, ni solas ni combinadas con el resultado de la prueba testifical que al efecto se aduce, debe desestimarse dicha causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1411-; "... Pero aunque la detenida revisión de la prueba practicada a tal particular atinente pone de manifiesto que la conducta por dicha señora observada en las relaciones sociales que venía manteniendo con determinada persona del sexo contrario, vecino próximo de los esposos que frecuentaba el domicilio de los mismos y sobre todo asiduamente la tienda establecida por ellos en el piso bajo de la casa cuando en ella se hallaba solo la demandante, no era la honesta y recatada que la propia dignidad y la consideración y respeto debidos al buen nombre y honra de su marido imponen de consuno a toda mujer casada guardadora de su decoro, no es menos cierto que de la serena y racional revisión de la copiosa prueba testifical aportada por ambas partes no surgen con el vigoroso relieve que la gravedad que la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 exige los indicios a determinar en el ánimo del juzgador la plena convicción del adulterio que se dice cometido por la demandante, y por ello procede estimar el recurso de revisión interpuesto por doña R.L. en cuanto el fallo recurrido la estimó incurso en la causa 1ª del artículo 3º de la referida Ley, única apreciada por la Sentencia impugnada para decretar el divorcio solicitado": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1557-.



7.2.4. Circunstancias que desvirtúan esta causa de divorcio o separación: El adulterio consentido o facilitado por el cónyuge que lo alegue:

El adulterio, preceptúa el número 1º del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es causa de divorcio o separación siempre que no sea consentido ni facilitado por el cónyuge que lo alegue (331).

a) Delimitación del concepto del consentimiento requerido por la norma legal como circunstancia impidiente de la estimación de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (332).

El consentimiento generador de la excepción que da lugar a que no se estime el adulterio como causa de divorcio o separación supone, como acertadamente expusiera el Sr. Gasset en su discurso en defensa de la enmienda por él suscrita, una torpe complacencia, que impide el beneficio de una acción de estado a quien ha consentido la causa de su propia indignidad con ofensa de las buenas costumbres (333): Si consentir un hecho es condescender con la situación por el mismo creada, aceptando voluntariamente sus consecuencias, el consentimiento requerido por esta causa como obstáculo impidiente de su estimación supone una expresión de voluntad, que pueda manifestarse por palabras o por actos, expresamente o por actuaciones tácitas, a veces presuntivas (334), reveladora de cierto dictamen subjetivo de conciencia, que acepta con libertad de elección la situación creada por un hecho irregular lesivo a la honestidad y la virtud (335).

Mas son ideas enteramente distintas tener por cierto un hecho y consentir en él condescendiendo con la situación por el mismo creada y aceptando voluntariamente sus consecuencias (336), sin que, por tanto, el simple conocimiento de hechos determinantes de adulterio presuponga su consentimiento (337), pues, según vino a declarar la doctrina jurisprudencial, no puede confundirse el consentimiento prestado, ya sea de modo

expreso o tácito, revelador de una voluntad que acepta sin protesta aquella situación, generador de la excepción que da lugar a que no se estime el adulterio como causa de divorcio o separación, con la obligada resignación y sacrificio que puede provocar en un cónyuge el conocimiento de la infidelidad del otro(338).

La conformidad, pues, a una situación de adulterio no puede nunca referirse de manera exclusiva a la circunstancia fundamental de su conocimiento; mas, ¿suponía conformidad a dicha situación la circunstancia de que el cónyuge que tuviese por cierto el hecho determinante del adulterio de su consorte no ejercitara las acciones civiles y penales que le correspondían?: Si, como se ha visto, el ordenamiento jurídico ofrecía tanto acciones civiles como penales al cónyuge frente al adulterio de la esposa o el amancebamiento del marido, las mismas eran de naturaleza facultativa, y por ende, lícitamente renunciabiles, y su no ejercicio no puede, en modo alguno, considerarse como consentimiento expreso ni tácito del cónyuge agraviado del adulterio (339).

b) Delimitación del concepto del adulterio facilitado por el cónyuge que lo alegue requerido por la norma legal como circunstancia impidiende de la estimación de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

El adulterio facilitado, generador de la excepción que da lugar a que no se estimen el adulterio como causa de divorcio o separación, supone la realización de actos u omisiones voluntariamente orientados a provocar la infidelidad conyugal y que constituyan estímulo, acicate suficiente, y posibiliten y hagan fácil su ejecución y logro, que impide el beneficio de una acción de estado a quien ha facilitado la causa de su propia indignidad: Es indispensable, pues, que en aquellos actos u omisiones haya una malicia nacida de la voluntad tendente a aquel objetivo lesivo a la honestidad y virtud (340).

---

(331) Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) al artículo 3º del dictamen intenta suprimir de la causa 1ª del artículo 3º del mismo las últimas palabras referen-

tes al adulterio consentido o facilitado por el cónyuge que lo alegue, reduciéndola a lo siguiente:

**Art. 3º:** Son causas legítimas de divorcio:

**Primero.** El adulterio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 8º al NUM. 109).

Leído por segunda vez en la sesión del día 5 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, el Sr. Villanueva explica las razones por las cuales intenta suprimir el adulterio consentido o facilitado por el cónyuge que lo alegue: En primer lugar, señala, si el matrimonio y la familia están bajo la salvaguarda del Estado, y el Derecho de familia es, consecuentemente, casi de carácter público, el interés público no concibe que el adulterio, por el hecho de ser consentido o facilitado por uno de los conyuges, no dé lugar al divorcio de los mismos, pues, y en segundo lugar, el adulterio, desde el momento en que está consentido o facilitado por un cónyuge, por ese mismo hecho se convierte dicho cónyuge en cómplice del adulterio, siendo ambos cónyuges culpables del mismo:

"... Sres. Diputados, el artículo 3º determina 13 causas de divorcio. Yo he presentado un voto particular, en el cual algunas se suprimen y otras se modifican, teniendo en cuenta el proyecto de ley de Divorcio que ha presentado aquí D. Fernando de los Ríos, y, salvo ligeras modificaciones, a él me atengo. Como creo que debemos empezar a estudiar causa por causa, que es lo que va a ser objeto de votación, voy a ocuparme ahora, única y exclusivamente, en lo que se refiere a la primera causa, que es el adulterio.

El dictamen dice: "Son causas legítimas de divorcio: Primera. El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue". Yo he suprimido las últimas palabras, y ha quedado reducido a lo siguiente: "Serán causas de divorcio: Primera. El adulterio".

¿Cuáles son las razones por las cuales este Diputado formula voto particular suprimiendo el adulterio consentido o facilitado por el cónyuge que lo alegue? Son las siguientes. En primer lugar, hay que tener en cuenta lo que determinan las legislaciones positivas que acerca del divorcio existen, y las últimas legislaciones sobre esta materia son una ley de 6 de Febrero de 1930, que regula el divorcio en Cuba, y otra ley de 22 de Junio de 1931, que legisla sobre el Divorcio en Guatemala, en las que no se dice más sino que será causa de divorcio el adulterio. Si nosotros ponemos que es causa de divorcio el adulterio, pero siempre y cuando no sea facilitado ni consentido, se puede dar el siguiente absurdo. En el artículo 4º del dictamen se dice: "El divorcio mediante causa legítima, solo puede ser pedido por el cónyuge inocente". Pues bien, supongamos este caso. El marido presenta la acción de divorcio contra la mujer, basado en que es una adúltera; la mujer contesta y dice: es verdad, pero este adulterio está consentido -y lo prueba de una manera documental- por mi marido. ¿Qué tiene que hacer el juez con arreglo a esto? Pues como no existe causa de divorcio en un adulterio que está consentido por un cónyuge, el juez tiene que dictar una sentencia declarando no haber lugar al divorcio. Y esto es un verdadero absurdo, porque además de las relaciones privadas que puedan existir entre los cónyuges, existen otras clases de relaciones públicas. Por eso hoy, el derecho de familia, según las innovaciones en el Derecho moderno, es casi de carácter público (están las relaciones de los padres con los hijos, están las relaciones del matrimonio con relación a los bienes, y están las relaciones del matrimonio con el Estado), porque el matrimonio y la familia están bajo la salvaguarda del Estado.

Por otra parte, esto está en contradicción con todos los demás preceptos, porque en el adulterio, desde el momento en que está consentido o facilitado por un cónyuge, el otro cónyuge se convierte en un cómplice del adulterio y, por lo tanto, existe el delito de adulterio tanto en uno como en otro; en uno será como autor, en otro será como cómplice o encubridor. Y admitida como nosotros admitimos aquí, la demanda reconventional, resultarían los dos culpables, y el divorcio debe proceder, porque sería monstruoso que, existiendo el adulterio, porque está consentido por el otro cónyuge, el juez tenga que declarar que no ha lugar al divorcio!

Lo someto a la Comisión y a la Cámara para que el artículo quede redactado en el sentido de que sea causa de divorcio el adulterio, suprimiendo las palabras "no consentido o no facilitado" (Intervención del Sr. Villanueva en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3645).

El Sr. Piñuela, en nombre de la Comisión, se opone al voto particular del Sr. Villanueva, por entender que en el adulterio, dentro del sentido de la Ley de Divorcio, se trata de un problema civil, no pudiéndose confundir o establecer una serie de interferencias entre la acción penal y la acción civil y sobre esta base intentar establecer una especie de divorcio de oficio, y desde este punto de vista meramente civil o particular, si el adulterio ha sido consentido o facilitado por uno de los cónyuges, no hay ni culpabilidad que se pueda alegar, ni injuria, ni falta a los deberes de fidelidad conyugal ni perturbación de ninguna clase:

"... La Comisión no acepta el voto particular del Sr. Villanueva, por varias razones que voy a exponer. El Sr. Villanueva, en la defensa que hace de su voto particular, confunde o establece una serie de interferencias entre la acción penal y la acción civil, y esa es la base fundamental de su argumentación, porque establece o intenta establecer, una especie de divorcio de oficio (El Sr. Villanueva: No). Y no hemos de olvidar que, a pesar del sentido moderno del divorcio, a pesar del proyecto alemán que maravillosamente alegó en su discurso de totalidad el Sr. Ruiz de Villa, en el adulterio se trata de un problema civil, que en todas las legislaciones del mundo oscila en sus causas, en su base, desde la culpabilidad hasta la perturbación o la discrepancia objetiva, pero siempre teniendo el carácter meramente civil y particular. Claro que la acción penal tiene un carácter público, y claro que, desde ese punto de vista, cuando se trata de un adulterio consentido, el señor Villanueva tiene razón en decir que el juez se encuentra ante algo que repugna a la sociedad, al orden público. Pero es indudable que en estos matrimonios no hay ni culpabilidad que se pueda alegar, ni injuria, ni falta a los deberes de fidelidad que entre sí se ha jurado el matrimonio, ni tampoco hay una perturbación, puesto que el adulterio ha sido consentido por uno de los cónyuges.

De manera que, teniendo estas razones en cuenta; que actualmente no hay ninguna legislación que reconozca que el adulterio consentido es causa de divorcio, porque aquellas legislaciones que establecen solamente como causa de divorcio el adulterio es indudable que dejan al criterio del juez determinar si hay consentimiento, basándose en aforismo de que "volenti non fit injuria"; que no hay, por tanto, lesión, puesto que la persona que alega contra otra una lesión del contrato, una lesión de la fidelidad jurada, ha colocado a la otra en condiciones de desligarse precisamente de esa fidelidad; que tampoco podemos encontrar una perturbación objetiva en ese matrimonio, puesto que esa perturbación no existe sino, al contrario, un acuerdo aunque sea para algo inmoral; es indudable que, dentro del sentido de esta Ley de Divorcio, que establece como una transacción entre el sistema clásico de la culpabilidad y el sistema moderno de la discrepancia objetiva, no puede ser admitido el voto particular del Sr. Villanueva, y la Comisión no lo acepta" (Intervención del Sr. Piñuela de la Comisión, para oponerse, en nombre de ésta, al voto particular suscrito por el Sr. Villanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3645-3646).

A ambas razones se opone, en turno de rectificación, el Sr. Villanueva, que no solo entiende que el divorcio de oficio no se puede decretar por tener que ser pedido a instancia de parte, sino que considera que el adulterio consentido o facilitado es una violación de los deberes que impone el matrimonio, estando en contradicción con la esencia misma del divorcio el decir que no existe culpabilidad y que no causa injuria a la sociedad que sea el adulterio consentido o facilitado por el otro cónyuge:

"... Para contestar muy brevemente a mi amigo Sr. Piñuela. Son dos las razones fundamentales que expone para distinguir las causas del adulterio. "Admitir el voto particular de este Diputado -dice- sería dar lugar a que se pudiera decretar el divorcio de oficio"; y añade, como otra razón, que "no existe culpabilidad ni existe injuria alguna para la sociedad"; yo entiendo que no es así.

En primer término, el divorcio de oficio no se puede, en manera alguna, decretar; tiene siempre que ser pedido a instancia de parte (El Sr. Jaén: Según el proyecto de SS.SS.; nosotros pedimos que pueda ser de oficio). Eso justifica más el voto particular mío. Desde el momento en que el cónyuge tiene que pedir la acción, aunque intervenga el Ministerio fiscal en el procedimiento y en sus incidencias, es indiscutible que de oficio no se puede decretar a la sentencia tiene que ser de acuerdo con las peticiones

de la demanda. Y decir que no existe culpabilidad y que no causa injuria a la sociedad que sea el adulterio consentido o facilitado por el otro cónyuge, está en contradicción con la esencia misma del divorcio. No hay mas que examinar los casos en que es posible; la cláusula 8ª dice que es causa de divorcio la violación grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio; y uno de los deberes es la fidelidad, y la violación grave de este deber es la infidelidad. Por tanto, el adulterio, bien consentido o facilitado, es una violación de estos deberes, y es indiscutible, cree este Diputado, que su voto particular debe ser admitido" (Intervención, en turno de rectificación, del Sr. Villanueva en la discusión de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3646).

Para el Sr. Piñuela, que interviene de nuevo en la discusión del voto particular del Sr. Villanueva, la Comisión considera que no hay justa causa para pedir el divorcio por el adulterio del otro cónyuge desde el momento en que se consiente o facilita el mismo:

"... Solamente para añadir al Sr. Villanueva que en la Constitución se establece el divorcio por mutuo disenso o por justa causa. Se emplea la palabra "justa" y la Comisión no considera justo el alegar un cónyuge contra otro una violación de fe jurada para cuya violación la ha dado armas el otro cónyuge o la ha consentido; de manera que falta la justificación. Si ésta no se estableciera, si fuera sencillamente por cualquier causa de desavenencia del matrimonio, no habría necesidad de determinarlo; pero en el momento que se dice "justa" causa, la justificación desaparece en el que consiente el adulterio" (Intervención del Sr. Piñuela en la discusión del voto particular suscrito por el Sr. Villanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3646).

Verificada votación ordinaria, si bien ésta arrojó un resultado favorable a dicho voto particular por 41 votos contra 37, la misma no es válida por no llegar a 100 Diputados los que toman parte en la votación, y solicitada votación nominal, antes de celebrarse ésta, el Sr. Salazar Alonso pide la palabra para explicar su voto en contra del voto particular del Sr. Villanueva: Para el Sr. Salazar Alonso no puede consentirse que haya la posibilidad de que el adulterio sea prenda en manos de uno de los cónyuges para utilizarse en el momento en que lo crea oportuno, de ahí el que el adulterio como causa de divorcio tenga que estar condicionado al no consentimiento:

"... Para explicar mi voto (si es posible una separación de la representación que se tiene como presidente de la Comisión, al producirse una votación nominal) y decir por qué no aceptamos el voto particular, aparte de las razones dadas por el Sr. Piñuela. En efecto, nosotros incluimos como causa de divorcio el adulterio; pero lo que no queremos es que haya la posibilidad de que se guarde una causa de adulterio como prenda para un momento en que la voluntad de uno de los cónyuges lo determine: por eso decimos que el adulterio se condiciona a que no haya tal o cual consentimiento (El Sr. Villanueva: Está votado ya está, Sr. Presidente; no se puede hablar después de la votación). Perdón S.S., Sr. Villanueva, cuando estoy en el uso de la palabra es que es reglamentario.

Se ha dicho que no había claridad en la división de pareceres y se ha pedido votación nominal, y creo que, quien adscribe su voto a una determinada tendencia, no puede aparecer adscrito a quien rechaza un voto particular sin explicar por qué vota en contra del voto particular que señala como causa del divorcio el adulterio; ello no es rechazar el adulterio como causa del divorcio, sino señalar un matiz, porque aceptando el propio voto del Sr. Villanueva, hay quien opina que el adulterio tiene que estar condicionado al no consentimiento.

Este es uno de los casos en que la explicación del voto, en todo Parlamento y en toda Asamblea, tiene una justificación. Yo estoy conforme con que el adulterio sea causa de divorcio; con lo que no estoy conforme es con que haya un límite, una condición a esta causa, y como ésta es una discrepancia de matiz, que es de trascendencia, explico mi voto al decir que el hecho de rechazar el voto particular no significa que rechace el adulterio como causa de divorcio, sino que es condicionar a una limitación esa causa de divorcio, que consiste en que el hecho del adulterio no sea prenda para que en todo instante se utilice" (Explicación de voto del Sr. Salazar Alonso tras verificarse votación ordinaria del voto particular del Sr. Villanueva y antes de verificarse la votación nominal

del mismo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3646-3647).

Por entender que las palabras del Sr. Salazar Alonso rechazando el voto particular suscrito por el Sr. Villanueva pueden impresionar a la Cámara y hacer variar el resultado de la votación ordinaria al repetirse nominalmente, pide la palabra el Sr. Gomariz para explicar las razones de aquéllos que, como él, van a votar a favor del voto particular que se discute:

"... tiene que ser antes de la votación, Sr. Presidente, porque resulta que el Sr. Salazar Alonso, que no puede abdicar de una manera caprichosa de su personalidad de presidente de la Comisión, aunque lo haya hecho con oportunidad, al rechazar el voto particular ha dado razones que yo estimo que pueden impresionar a la Cámara y hacer variar el resultado de la votación ordinaria al repetirse nominalmente.

Ahora yo he de decir que los que votamos a favor del voto particular del Sr. Villanueva, lo hacemos, al menos yo, sólo por esta razón: porque cuando se alega por un cónyuge que se quiere divorciar del otro por causa de adulterio, y por el cónyuge culpable de adulterio se ha consentido, hay una perturbación objetiva de inmoralidad para ese matrimonio, que ni para los hijos, ni para la sociedad, ni para nadie puede subsistir (Muy bien, muy bien)" (Explicación de voto del Sr. Gomariz a favor del voto particular suscrito por el Sr. Villanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3647).

Verificada votación nominal, quedó desechado el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) por 68 votos contra 50 (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3647-3648).

\*(332) Una enmienda, que se leyó por primera vez y pasó a la Comisión en la sesión del día 2 de Febrero de 1932 -NUM. 109-, del Sr. Gasset al apartado 1º del artículo 3º del dictamen de la Comisión proponía la adición de un nuevo párrafo a dicho artículo y apartado: Decía:

#### A LAS CORTES CONSTITUYENTES

Los Diputados que suscriben tienen el honor de proponer a las Cortes la siguiente enmienda al apartado 1º del artículo 3º del proyecto de ley de Divorcio:

A dicho artículo y apartado se añadirá: "No se considerará consentido el adulterio del marido por parte de la esposa, aun cuando ésta, conocedora del hecho, deje de ejercitar las acciones civiles y penales que le correspondan, cuando su conducta obedezca a estímulos nobles de carácter familiar; ni tampoco por el marido cuando haya dejado de hacer vida matrimonial".

Palacio del Congreso, 2 de Febrero de 1932. Fernando Gasset.- Alvaro Pascual Leone.- Vicente Cantos.- Gerardo Abad Conde.- Manuel Becerra.- Rafael Guerra del Río.- Gerardo Carreres: DIARIO DE SESIONES: APENDICE 3º AL NUM. 109.

Leída de nuevo en la sesión del 5 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, el Sr. Piñuela, en nombre de la Comisión, señala que ésta acepta el espíritu de la enmienda, con una pequeña modificación en la letra, que no tiene mas objeto que establecer el mismo plano de igualdad para el marido y para la mujer: es decir, que el marido se considerará que no consiente el adulterio por los mismo altos estímulos que se establecen para la mujer. Por consiguiente, quedaría redactada así: "No se considerará consentido el adulterio del marido por parte de la esposa, aunque ésta, conocedora del hecho, deje de ejercitar la acción que le corresponda, por estímulos poderosos, ni tampoco por el marido, cuando en los mismos casos haya dejado de hacer vida matrimonial con la esposa". En cuanto al sustantivo "estímulos", dice el Sr. Piñuela, el sentido que la Comisión acepta es el de que se trata de estímulos de carácter familiar y poderosos. Aceptada por la Comisión la enmienda pasa a ser dictamen suyo, y contra ese dictamen el Sr. Gomariz, representante de la minoría radical socialista en el seno de la Comisión, mantiene como voto particular el primitivo proyecto presentado por el Sr. Ministro.

El Sr. Gasset, como firmante de la enmienda, pasa, tras una breve discusión sobre interpretación del reglamento de la Cámara, a razonar el porqué de la misma:

"... Decir que el consentimiento impedía que uno ejercitara las acciones correspondientes al divorcio, me parecía que era hacer del divorcio más que un derecho un deber; porque claro está que desde el momento en que un cónyuge tuviera noticia de que el otro le era infiel, tenía necesidad de entablar el divorcio para que después no pudiera suponerse que consentía el adulterio.

El Consentimiento puede ser de dos maneras: expreso o tácito. No dice la Comisión, o, mejor dicho, no decía la Comisión en su antiguo dictamen, de que calidad tenía que ser el consentimiento para que impidiera el ejercicio de las acciones de divorcio, y

a este fin principal se encamina mi enmienda. Claro está que si el consentimiento se estimara como complacencia habría que reconocer que el cónyuge que se complace en que el otro sea adúltero si no ejercita inmediatamente su acción, demostrando que en efecto se complace, debe perder el derecho a ejercitarla en lo sucesivo; pero tal como estaba redactada la causa señalada por la Comisión, que ahora hace suya el Sr. Gomariz, nos llevaría a verdaderos absurdos, como por ejemplo: una esposa conoce, sabe que, desgraciadamente, su marido le es infiel. ¿Qué hace?. ¿Debe inmediatamente entablar la correspondiente querrela de adulterio y además la acción de divorcio?. Eso sería, como antes decía, tanto como hacer del derecho un deber, tanto como imponer la obligación de que formulara su demanda, porque, en caso contrario, después se iba a encontrar con que estaban cerradas las puertas de la justicia. Y eso sería verdaderamente absurdo, porque la mujer puede tener muchos, muchísimos motivos para no ejercitar su acción: en primer término, la situación de los hijos. Puede la esposa, aun conocedora de la infidelidad del marido, querer que los hijos no queden sin la protección del padre. Ese es un motivo, un estímulo de carácter noble, de carácter familiar que, seguramente las Cortes, a las que me dirijo, no pueden desconocer.

Por eso he querido condicionar ese consentimiento demostrando que alguno de ellos, cuando realmente esté fundado en esos estímulos de carácter noble, no pueden estimarse como bastantes para que después no pueda entablar ya la acción de divorcio. Y lo que digo de la mujer que no quiere que sus hijos queden sin padre, podría decirlo, igualmente, de aquella otra que no quiere correr el ridículo de que todo el mundo sepa que ella, conociendo el adulterio, no ejercita, sin embargo, la acción correspondiente, de esa suerte podría señalar una porción de ejemplos, que nos conducirían todos al mismo fin.

Cuando el consentimiento sea complacencia, ya es muy distinto. Entonces la mujer sería como coautora o cómplice de la falta de su marido; pero en otro caso no hay por qué cerrarle la puerta a que pueda ejercitar, cuando lo estime conveniente, la acción de divorcio, y la propia Comisión, señalando después un largo plazo para ese ejercicio, demuestra que, efectivamente, entraba en sus propósitos no estimar como tal consentimiento el conocimiento, porque no puede ni debe suponerse que la mujer esté ignorante de la falta de su marido tantos años como los señalados para el divorcio. Pero la situación de la esposa cambia, porque el marido no solamente ser infiel, sino faltar también a aquellas otras obligaciones, si se quiere más fundamentales, del matrimonio, abandonado a los propios hijos y gastando, en unos amores ilegítimos y en una familia levantada por esos propios amores, todos sus haberes. En ese caso queda abandonada la familia, y entonces la mujer mantiene todos sus fueros para ejercitar la acción de divorcio. Esa regla ya estimaba que debía aplicarse también al marido, con una sola excepción establecida por nuestras costumbres. La mujer no pierde su dignidad si continúa viviendo con el marido, aun sabiendo que le es infiel; pero esto no podría hacerlo el marido con respecto a la mujer, sin que la sociedad entera le tildara con frases y conceptos que yo aquí no debo señalar. Por eso he dado aquí dos redacciones distintas: una a lo que supone falta de fidelidad del marido, y otra a lo que supone falta de la mujer".

Interviene a continuación el Sr. Gomariz en defensa del voto particular por él suscrito: En cuanto a la primera parte de la enmienda del Sr. Gasset, apunta lo peligroso que significa, desde el punto de vista del ejercicio práctico de la Justicia, que los Jueces acierten a discernir cuáles son esas razones poderosas de orden familiar; en cuanto a la segunda, no tiene razón de ser, porque un marido que conoce el adulterio de su mujer y que estima que tal adulterio le hace incompatible con ella en su vida familiar, tiene uno de estos dos caminos, o el de perdonar a su mujer, o el de ejercitar la acción de divorcio, todo menos vivir separado de su esposa colocándola ente los dictados de la opinión en situación de que ni es adúltera ni deja de serlo, pues no es posible admitir que no se interprete como consentimiento del adulterio el que el marido viva separado de su mujer no haciendo vida matrimonial.

Para explicar su voto, interviene el Sr. Ossorio y Gallardo que rechaza igualmente la segunda parte de la enmienda del Sr. Gasset, pues, conforme a la misma, la mujer tendría en cualquier momento la posibilidad de alegar motivos poderosos de carácter familiar, pero, al marido no le quedaría más que una solución, la de dejar de hacer vida matrimonial, y, en este sentido,

propugna que se colocase a los dos cónyuges en situación igual y se entendiera que no habían tolerado ni consentido el adulterio cuando su silencio obedecía a motivos poderosos de orden familiar.

Mas serán los argumentos del Sr. Sánchez Román, que interviene a continuación para explicar su voto, favorable al voto particular del Sr. Gomariz, los que harán que la Comisión vuelva al texto primitivo del dictamen, y que la Cámara rechaze la enmienda del Sr. Gasset: Para el Sr. Sánchez Román es enormemente peligroso querer definir en la construcción de la ley todos los conceptos que integran la norma y que han de ser materia de aplicación judicial en cada caso concreto, tomando precisamente el matiz del hecho particular, que es el que llega en vía directa de apreciación a la conciencia del juez, para formar una resolución ajustada y conveniente a las circunstancias del caso de que se trata; por eso es de buena técnica legislativa dejar siempre los conceptos a la interpretación judicial, sin pretender en modo alguno, el legislador cerrarlos en definiciones concretas: de ahí que si la ley afirma que es causa de divorcio el adulterio no consentido, el legislador no debe tener el empeño, que sería muchas veces perturbador, de definir exactamente qué ha de entenderse por adulterio no consentido. El texto de la enmienda define lo que se entiende por adulterio no consentido, mas en esa definición no se tiene en cuenta, primero, que el adulterio consentido no siempre ha de representarse externamente por la actitud pasiva o no ejercicio de la acción, pues el adulterio consentido puede serlo, no sólo en virtud de omisiones y pasividades, sino por actos evidentemente positivos; segundo, que esa definición va a perturbar toda la doctrina de la prescripción de la acción de divorcio, pues es contrario al sistema de la ley decir en un precepto que la acción de divorcio prescribirá en tanto tiempo, a contar desde el momento en que el cónyuge conoce el hecho del adulterio, y luego, en cambio, hacer otro artículo que diga que "desde que conoce el hecho del adulterio, se estima que lo consiente si no ejercita sus acciones, a no ser que su pasividad sea debida a una de esas circunstancias o motivos poderosos que obliguen al sacrificio paciente, sin que se le pueda imputar asentimiento a esta situación". La conformidad a una situación de adulterio no puede nunca referirse de manera exclusiva, como se pretende, a la doble circunstancia fundamental del conocimiento y no ejercicio de la acción, pues precisamente es éste el supuesto de prescripción de las acciones de divorcio.

Después de esta intervención, el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión, resume las tendencias existentes de este modo: la de quienes creen que es bastante decir "el adulterio no consentido", porque los jueces determinarán si existe o no este consentimiento, y la de quienes piensan que además hay que darles a los jueces una norma de la que no puedan salirse, siendo, pues, dos tendencias reflejadas, no sólo en este artículo, sino en toda una trayectoria legislativa. En consecuencia, la Comisión mantiene el dictamen primitivo, por creer que con él está incluso garantizado el impulso nobilísimo que inspiraba la enmienda del Sr. Gasset. La enmienda fue desechada de igual modo por la Cámara. (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3648-3654).

(333) "... Que probado el adulterio de la esposa, quien con persistente conducta ilícita, al ser arrojada del hogar por el marido ofendido que la entregó a los padres de ella, vivió largos años en público concubinato en compañía del amante, sin que el esposo, movido por un piadoso sentimiento de humanidad, hubiese intentado contra ambos las acciones civiles o penales que la ley le concedía y se limitó a repudiar de hecho el vínculo matrimonial para dirigir dignamente la existencia propia por la senda de sus deberes sociales, y demostrado asimismo que el recurrente pagó una pequeña pensión mensual a su referida mujer cuando ésta, transcurrido mucho tiempo desde la ruptura, quedó desamparada de todo auxilio económico a consecuencia del fallecimiento de los deudos y del amigo en cuya compañía estuvo y acudió ante el esposo en súplica de protección, que los nobles sentimientos de éste no vacilaron en otorgarle, pero sin reanudar en manera alguna la convivencia conyugal, lo cual no fue obstáculo para que la recurrida instase procedimientos judiciales ■ objeto de reclamar alimentos por haber cesado aquél de satisfacerle los que generosamente le facilitaba antes de haber venido a peor fortuna, la cuestión a resolver es la de determinar si los hechos relacionados implican o no la calificación de un adulterio consentido, como obstáculo impidiendo de la estimación de la causa de divorcio 1ª del artículo 3º de la ley de méritos:

Que el consentimiento requerido por la norma legal del caso es una expresión de voluntad



reveladora de cierto dictamen subjetivo de conciencia, al aceptar con libertad de elección un hecho irregular lesivo de la honestidad y la virtud, contrario a la moral universal del medio, o sea, -como expresa el célebre fragmento del Digesto, l. 15, 26, 7- "qual facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram"; es decir, cuando por estímulos de provecho material o por desviación del sentido ético hacia complacencias torpes, que ofende al concepto del honor, del deber y de la reputación de todo hombre dentro del ambiente común en que se desenvuelve la familia como institución orgánica y fundamental de la sociedad protegida mediante formulaciones rigurosas de derecho, que en el caso concreto se dignan a impedir el beneficio de un acción de estado a quienes han consentido o favorecido la causa de su propia indignidad con ofensa de las buenas costumbres:

Que conocido el hecho originario de la subversión conyugal que aquí se discute, el esposo se apresuró a dictar una sanción tan expresiva cual la ruptura categórica de la convivencia matrimonial, el depósito inmediato de la mujer en el hogar parterno y la desvinculación absoluta de toda comunidad espiritual y material entre ambos, conducta tan noble y magnánima la del marido, que al silenciar todo ejercicio de represiones legales supo atraer la estimación general de su propio decoro; porque si bien le asistían contra el agravio acciones penales y civiles de naturaleza facultativa y, por ende, lícitamente renunciables, el abandono de ellas no atribuye a su inercia vicio de paciente inmoralidad ("Dulcing"), si por otros medios acertó a armonizar los sentimientos humanos de indulgencia y de desaprobación, que culminaron en virtud ejemplar cuando ante el desamparo de la mujer caída por consecuencia de su propia culpa, acudió a cubrir la miseria de ella con socorros económicos, pero sin reanudar en manera alguna el vínculo definitivamente quebrantado para los cónyuges y para el mundo:

Que por lo expuesto..., procede estimar la revisión de la pronunciada ahora por el Tribunal de instancia con injusticia notoria; y dado que las causas de culpabilidad excluyen jerárquicamente las de mera discrepancia objetiva, aceptada la 1ª del art. 3º que alegó en primer término, ha lugar a decretar por ella el divorcio solicitado": Sentencia del T.S. de 4 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1330-.

(334) "... Que tampoco existe injusticia notoria en el fallo recurrido al desestimar el adulterio del marido invocado como causa 1ª de divorcio en la reconvencción, porque aun confesado por el marido su adulterio y admitiendo que de esta infidelidad naciera el documento público de separación conyugal otorgado por ambos cónyuges en Tángier en 24 de septiembre de 1920, que, como expresa la propia recurrente en su contestación "vino a poner fin a la situación de desavenencia, desvío y hostilidad del marido por sus relaciones íntimas desde 1912 con otra mujer", estipulándose en la cláusula 2ª "que deseando de común acuerdo recobrar cada uno su libertad de acción y separar completamente su existencia sin recurrir a decisión judicial determinaban su separación", contra la afirmación de la sentencia recurrida de que la mujer, conociendo dichas relaciones no reaccionó en otra forma para impedir las, evitarlas o perseguirlas que pactando aquella separación, aduciendo de ello un tácito consentimiento de la esposa en el adulterio del marido, ni en el pleito ni en este tercer motivo del recurso se alega hecho alguno que contrarie o se oponga a aquella afirmación de la Audiencia, y si el consentimiento puede manifestarse por palabra o por actos, expresamente o por actuaciones tácitas, a veces presuntivas y la recurrente ni antes ni después de 1920 consta realizara acto alguno ni ejercitara acción en defensa del vínculo matrimonial o de su honor de esposa, limitándose al convenio referido, a recibir en París la pensión que hasta 1928 la envió su marido en cumplimiento de una de las cláusulas de tal documento y a demandarle en 1930 en la misma capital para que continuara abonándole alimentos, en juicio que los mismos Tribunales declararon nulo, petición que se repitió en acto de conciliación en Madrid el 24 de marzo de 1931, mostrando una pasividad y una indiferencia absoluta en cuanto al adulterio cuya realidad la constaba de ciencia propia, estas circunstancias durante tantos años inducen racionalmente a presumir y creer en el tácito consentimiento de la mujer sobre tal causa de divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 599-.

(335) "... Que de la prueba practicada en autos aparece con acusado relieve, la existencia de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio alegada por el actor, como así lo reconoce la Sala sentenciadora, que no obstante desestima la demanda por entender que el adulterio

fue consentido por el esposo. Que para llegar a esta conclusión, se funda en que después de presentada aquélla y durante la sustanciación del litigio, los cónyuges vivieron juntos por espacio de unos meses, circunstancia que no denota en verdad la mediación de ese consentimiento, si se tiene en cuenta que en los autos hay abundantes datos justificativos de haber sido en todo instante el marido celoso defensor de su honra, hasta el punto de llevarle ese fervor al descubrimiento del adulterio, de donde se desprende, que la expresada convivencia no puede tener otro alcance que el de una reconciliación posterior a la demanda, pero sin eficacia en este pleito porque para que ella surta efectos legales, señala el artículo 10 de la citada una exigencia formal en este caso incumplida, cual es la de que por los cónyuges se ponga tan reconciliación en conocimiento del Juez que entiende en el litigio, como modo de extinguirse el procedimiento y en su virtud debe revisarse el fallo de instancia, incurso en injusticia notoria, al no apreciar la causa indicada, declarando la culpabilidad de la esposa": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 735-; "... Que la recurrente al impugnar el fallo recurrido, que estimó la causa 1ª del artículo 3º de la ley de Divorcio, pretende demostrar que el adulterio fue consentido, fundándose especialmente en el documento del folio 25 reconocido en confesión por el demandante, pero, aparte de que carece de fecha, es lo que impide conocer en qué tiempo y circunstancia se escribiera, es lo cierto que por sí solo no justifica el consentimiento, si se tiene en cuenta que el propio demandante al reconocerlo manifiesta que lo hizo para averiguar quién era el amante, afirmación que adquiere gran relieve en los autos con la excepcional declaración del adúltero que dice que aquel documento lo pidió él como garantía y que en una ocasión al verle el demandante bajar de un tranvía en que iba la demandada aquél sacó una pistola y dijo: "Ya os he pillado porque ya me imaginaba yo que mi mujer me engañaba pero no podía suponer que fuese contagio". "Ahora ella irá a casa y le voy a levantar la tapa de los sexos allí en Rosales" y por último "que a su mujer la quería con delirio", es evidente que no pudo existir ese beneplácito, porque, como acertadamente afirma la Sala, de tener el alcance que pretende la recurrente, el citado documento, revelaría una inconsciencia e inverosimilitud en absoluto incompatible con los resultados de las declaraciones dichas por lo que no es de estimar la injusticia notoria que se alega": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 758-.

(336) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 583-.

(337) "... Que también procede desestimar el motivo de revisión, amparado como el anterior en el número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de Marzo de 1932, y fundado en haber decretado el Tribunal de instancia el divorcio solicitado por el esposo de la recurrente, apreciando, con notorio error, según ésta, la existencia de la causa 1ª del artículo 3º de la ley citada, y culpable el cónyuge que recurre, pues examinada detenida y minuciosamente la prueba en autos practicada respecto a tan esencial extremo no se evidencia, como exige la doctrina jurisprudencial establecida que, en su apreciación, haya incurrido el Tribunal "a quo" en aquel error manifiesto y patente, que precisara ser corregido y enmendado en este recurso extraordinario; no siendo de aplicación las sentencias citadas por la Sala de lo Criminal de este Tribunal Supremo, que se aduce en el escrito de interposición del recurso, dado el carácter y naturaleza propios de los pleitos sobre divorcio, y sin que pueda alegarse que la parte recurrida consintió el adulterio de su cónyuge por conocer alguno de los hechos determinantes del mismo ya que las pruebas practicadas revelan el engaño y artificio que empleó la recurrente para que no se trasluciera y evidenciase la infidelidad de su conducta matrimonial": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia de 1932-1933, Aranzadi, 1721-.

(338) "... Que para seguir el mejor método en el examen de los motivos que se han alegado, como fundamento del presente recurso, conviene estudiarlos en orden inverso al de su planteamiento; y comenzando al efecto por el último, en el que se denuncia la existencia de injusticia notoria, a base de error en la apreciación de la prueba que originó la indebida estimación de la causa de adulterio cometido por el recurrente, ya que a juicio de éste, aun reconociendo su realidad cree que no debió ser aceptado por la Sala como causa de divorcio, por tratarse de adulterio consentido por la mujer, esta alegación que el recurrente establece simplemente como opinión suya enfrente de las atinadas consideraciones que en sentido diametralmente opuesto,

sienta el Tribunal "a quo", no puede en manera alguna justificar la existencia de la causa de injusticia notoria que se ha propuesto; porque según tiene declarado con reiteración este Supremo Tribunal, no se puede confundir el consentimiento prestado, ya sea de modo expreso o tácito, revelador de una voluntad que acepta sin protesta aquella situación, generador de la excepción que da lugar a que no se estime el adulterio como causa de divorcio, con la obligada resignación y sacrificio que puede provocar en un cónyuge el conocimiento de la infidelidad del otro; que en este caso, lejos de ser consentida, originó la separación y el rompimiento de la vida en común, dando forma externa a esa decisión en el documento suscrito por ambos cónyuges para regular aquella separación; y si de esto no puede de ningún modo deducirse, como se pretende por el recurrente, que el Tribunal haya cometido la injusticia que le atribuye en este motivo del recurso, evidentemente debe rechazarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 452-; "... Que enfrente de la categórica declaración del Tribunal "a quo" aceptando como hecho probado que el marido cometió adulterio, no consentido ni facilitado por su cónyuge, y en consecuencia le declara culpable de haber incurrido en la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, el recurrente sostiene que la prueba en que se apoya la Sala para formar su estado de conciencia, es deficiente a tal fin; y de igual modo mientras el Tribunal juzgando con evidente acierto, estimó que la esposa no consintió en el adulterio de su marido y la mejor demostración de su protesta y oposición a ese estado de cosas fue la separación que convinieran los cónyuges por no querer aquélla sobrellevar ni soportar tal situación, el recurrente insiste en que el conocimiento por parte de la mujer de hechos constitutivos de adulterio, inducen a dar por cosa cierta dicho consentimiento: lo cual es de todo punto inadmisibles según tiene declarado en su constante jurisprudencia este Supremo Tribunal, al afirmar en casos análogos, que la más o menos obligada resignación de esta naturaleza, no puede merecer por ello la calificación ni el concepto de consentidor del adulterio, ni en sentido gramatical, ni menos aún en el jurídico, a efectos de enervar la existencia de la causa de divorcio fundada en este motivo": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 504-.

(339) "... Y sin que obste, para ser causa de divorcio, el que la demanda no presentara querrela criminal contra su marido ni se anticipara a pedir el divorcio, pues no pueden esas omisiones ser apreciadas como consentimiento tácito ni expreso del adulterio por las razones que antes se expresan": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 494-; "... Pero este motivo no puede en forma alguna prosperar, porque el que la mujer no haya ejercitado acciones civiles o penales no prueba el libre consentimiento, tanto mas cuanto que los esposos vivían separados": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 266-.

Cfr. en NOTA 333, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1330-.

(340) "... Que la sentencia recurrida, al decretar el divorcio por la causa 1ª del artículo 3º, se atemperó estrictamente al resultado de la prueba y a las propias manifestaciones de la demandada y recurrente, reconociendo esa causa como cierta y aunque se alega para desvirtuarla que el adulterio fue facilitado por el marido, apoyándose en el documento privado de 28 de septiembre de 1932, esa alegación carece en absoluto de base, ya que hasta la simple lectura del documento para apreciar que la separación de los cónyuges, en aquel convenio establecida, tuvo por objeto colocar a salvo la dignidad del marido, pero en modo alguno puede de él desprenderse lo que la recurrente pretende": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1341-; "... Que los hechos que la Sala de Instancia aprecia como realizado "de manera imprudente", y que afirma facilitaron la comisión del adulterio por el esposo, no pueden constituir a los efectos de calificación de la causa 1ª del artículo 3º la razón invalidante de la misma, pues la imprudencia de los actos que hagan posible o fácil el quebrantamiento de la fidelidad conyugal no permiten, como con manifiesto error estima la audiencia, tenerla en cuenta para desvalorizar el adulterio como causa de divorcio o separación, sino que a tal fin es indispensable que en aquellos haya una malicia nacida de la voluntad tendente a aquel objetivo, esto es, que los actos y omisiones sean voluntariamente orientados a provocar la infidelidad y constituyan estímulo suficiente y posibiliten y hagan fácil su ejecución": Sentencia I.S. 20 de diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2191.

7.3. "La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges": Causa 2ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (341).

7.3.1. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación:

La causa 2ª del artículo 3º de la Ley de divorcio incluíble en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califica de culposa por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: de ahí que la apreciación de la indicada causa de divorcio o separación, atendida su naturaleza subjetiva, acarreará indefectiblemente sobre quien la produce la imputación de su culpabilidad, por ser jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a la misma sin declarar culpable a quien le fue atribuida.

7.3.2. Delimitación del concepto de bigamia:

Bigamia la comete quien, siendo casado, contrae nuevo matrimonio: Conforme a la ley especial de divorcio, la bigamia es causa de divorcio o separación, sin perjuicio de la acción de nulidad que puede ejercitar cualquiera de los cónyuges.

Esta causa 2ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio plantea varios problemas que, en la práctica, quedan sin resolver al no haber tenido ocasión del Tribunal Supremo de pronunciarse sobre los mismos: a falta, pues, de una exégesis jurisprudencial buscaremos su interpretación auténtica en la voluntad del legislador.

La discusión de un voto particular del Sr. Fernández Clérigo a la causa 2ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio es todo cuanto tenemos para llegar a una interpretación auténtica de esta causa de divorcio o separación: Conforme al mismo esta causa se redactaría así:

"La condena de cualquiera de los cónyuges por haber celebrado, constante matrimonio, otro posterior, sin perjuicio de la acción de nulidad que corresponda respecto del segundo matrimonio" (342).

Leído por segunda vez en la sesión celebrada el día 5 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, toma la palabra el Sr. Fernández Clérigo para exponer a la Cámara los motivos que le han guiado para redactar el voto particular por él suscrito:

"... Sres. Diputados, el proyecto de ley que estamos discutiendo, es un proyecto de carácter culposo, de corte culposo, con algunas excepciones, y, sin embargo, en ninguna de las legislaciones que siguen este mismo criterio, que se inspiran en esta misma planta, se consigna la causa de bigamia como motivo de divorcio. Solo viene esta causa filtrada del derecho alemán, porque en la legislación alemana se consigna la bigamia como causa de divorcio, a pesar de que este derecho alemán en cuanto al divorcio, está inspirado en un sentido eminentemente objetivo, absolutamente diferencial del que inspira el proyecto que estamos discutiendo.

La bigamia tiene un juego especialísimo, porque la bigamia, que supone siempre la duplicidad de matrimonio, puede ser sencillamente causa de divorcio respecto del primer matrimonio, pero respecto del segundo o ulteriores matrimonios, en el caso de que hubiese más de uno, tendría que ser causa de nulidad, y esta es una diferenciación que, a mi juicio, deberíamos establecer claramente y que pretendo que se establezca claramente en virtud de la redacción que doy al voto particular.

Pero aparte de esto, la bigamia nos lleva a una disquisición de naturaleza jurídica, referente a la validez del primitivo matrimonio. ¿Hay bigamia por una sola prueba documental? ¿Es preciso para que la bigamia exista, la validez del matrimonio primero? Todas estas son cuestiones que tienen

todavía enredados a los canonistas, a pesar de que llevan siglos discutiendo y aplicando el Derecho canónico en la forma matrimonial. Si esto ocurre en los canonistas ¿qué sucederá colocando a nuestros jueces, verdaderamente poco preparados para la aplicación de esta clase de derecho, ante problemas de gran magnitud? Siempre será menester dilucidar una cuestión de tanta trascendencia por medio de una declaración que, aunque vaya en la misma sentencia, será una premisa de la del divorcio.

Pero si observamos los aspectos que esta cuestión puede tener en el orden procesal establecido en nuestro país, veremos que, además, nos tropezamos con una cuestión de índole criminal que siempre ha de ser una interferencia en el curso y desenvolvimiento procesal de esta causa de divorcio, porque desde el momento en que se alegue la bigamia como causa de divorcio, encontraremos un delito que, de oficio (aquí no ocurre como en el adulterio, porque aquí sí que la acción persecutoria es pública), tendrán que investigar y liquidar los Tribunales antes de que se dicte la sentencia (El Sr. Gomariz: Hay en perspectiva un artículo que hará posible eso). Ya hablaremos de esto después y cuando S.S. juzgue oportuno hacer las aclaraciones a este respecto, me daré o no por satisfecho, según los términos en que se exprese (El Sr. Villanueva: ¿Y si el presunto reo está en rebeldía?).

Pues bien, el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, hoy vigente, y que no sé si nosotros podremos modificar al legislar sobre la materia del divorcio, exige que cuando la sentencia se haya de basar en hecho que sean constitutivos de delito, se suspenda el procedimiento civil, que no puede continuarse hasta que en la causa criminal haya recaído una ejecutorio. En consecuencia, me parece que sería lo más sencillo tomar esta causa de divorcio a partir objetiva-  
mente de la declaración en la sentencia que recayese en la causa criminal, que es lo que yo pretendo en el voto particular.

Se me argumentará seguramente que puede haber casos en que no haya cónyuge culpable en la bigamia. Lo creo verdaderamente difícil; lo creo casi imposible; yo diría que absurdo. Se me argumentará también que puede haber prescrito el delito y, que es interesante, daría lugar a que entonces entrase en juego sencillamente la causa de adulterio, porque el adulterio y la bigamia no son cosas que se excluyan y podría, no existiendo el delito de bigamia, existir una causa de adulterio; y esta es la razón por la que precisamente en las legislaciones de tipo latino no se establece la bigamia como causa de divorcio, porque se entiende enjugada con el adulterio. A mí, pues, me parecería la bigamia interesante sólo a partir de la sentencia firme recaída en el juicio criminal, para poderla llevar a aquel procedimiento, breve y sencillo, que conocen perfectamente los señores de la Comisión y los Sres. Diputados que hayan leído el proyecto; que conoce perfectamente mi ilustre compañero el Sr. Sánchez Román, por virtud del cual, con sólo la presentación de una sentencia firme en que se reconozca y sancione un delito de este tipo, un delito de este linaje, puede obtenerse el divorcio fácilmente" (343).

a) Señala, en primer lugar, el Sr. Fernández Clérigo la necesidad de hacer la siguiente diferenciación: la bigamia, que supone siempre la duplicidad de matrimonio, puede ser sencillamente causa de divorcio respecto del primer matrimonio, pero respecto del segundo o ulteriores matrimonios, en el caso de que hubiese más de uno, tendría que ser causa de nulidad:

Sobre esta diferenciación que propugna el Sr. Fernández Clérigo no se abre discusión alguna en la Cámara: No cabe, sin embargo, otra interpretación de esta causa 2ª que la reseñada por el Sr. Fernández Clérigo. Solo quien contrajo primer matrimonio con el bigamo puede pedir el divorcio o la separación basándose en la misma; no así quien contrajo segundo matrimonio con el bigamo, pues, en este caso, el segundo matrimonio es nulo

y, en este sentido, es absurdo pensar que puede pedirse el divorcio o la separación de un matrimonio que no produce efectos civiles (344). Podrá ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, esto es, tanto por quien contrajo primer matrimonio con el bigamo como por quien contrajo segundo matrimonio con el bigamo, la acción de nulidad de este segundo matrimonio, con los efectos civiles que reconoce el artículo 69 del Código Civil (345) si quien ejercita la acción de nulidad es quien contrajo segundo matrimonio con el bigamo. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurre el cónyuge bigamo (346).

b) La bigamia, dice el Sr. Fernández Clérigo, nos lleva a una disquisición de naturaleza jurídica, referente a la validez del primitivo matrimonio: ¿Hay bigamia por la sola prueba documental? ¿Es preciso para que la bigamia exista la validez del matrimonio primero?.

Trata de dilucidar el Sr. Fernández Clérigo estas a través de una perspectiva procesal íntimamente ligada con una cuestión de índole criminal: Desde el momento en que se alegue la bigamia como causa de divorcio, señala, encontraremos un delito que, de oficio tendrán que investigar y liquidar los Tribunales antes de que se dicte sentencia. Pues bien, si el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que cuando la sentencia se haya de basar en hechos que sean constitutivos de delito, se suspenda el procedimiento civil, que no puede continuarse hasta que en la causa criminal haya recaído una ejecutoria (347), lo más sencillo sería tomar esta causa de divorcio a partir objetivamente de la declaración en la sentencia que recayese en la causa criminal. Según el Sr. Fernández Clérigo, no sería causa de divorcio sino el delito de bigamia.

Aduce además el Sr. Fernández Clérigo las razones que suponen van a esgrimirse en contra del voto particular por él suscrito: Se me argumentará seguramente, señala, que puede haber casos en que no haya cónyuge culpable en la bigamia, mas esta posibilidad es simplemente absurda; se me argumentará tam-



bién que puede haber prescrito el delito y, sin embargo, estar en pie la causa de bigamia, mas esto daría lugar a que entonces encontrase en juego la causa de adulterio, porque el adulterio y la bigamia no son cosas que se excluyan y podría, no existiendo el delito de bigamia, existir una causa de adulterio, razón por la que precisamente en las legislaciones de tipo latino no se establece la bigamia como causa de divorcio, porque se entiende enjugada en el adulterio.

Contesta el Sr. Fernández Clérigo, en nombre de la Comisión, el Sr. Gomariz que señala que la Comisión no acepta el voto particular suscrito por aquel: No podemos en modo alguno, dice, supeditar la existencia civil de un divorcio a una sentencia de orden criminal; estamos en presencia de una Ley de Divorcio netamente civil, pudiéndose dar el caso de que exista una bigamia y de que no exista adulterio, siendo suficiente, pues, que se demuestre la existencia de esa bigamia como causa eficiente de divorcio. En cuanto a que, por imperativo del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tenga que suspenderse el procedimiento civil una vez que se tenga noticia de un delito de bigamia, hasta que se dicte sentencia en lo criminal, estamos dispuestos a suscribir una disposición adicional que podría declarar que en los pleitos de divorcio estos hechos no podrán suspender la sentencia que en ellos se dicte, con lo cual podremos demostrar, con absoluta capacidad jurídica para hacerlo, que no exigirá la sentencia dictada en la causa criminal correspondiente para que se le dicte en el pleito civil:

"... Dos palabras, Sres. Diputados, para decir que la Comisión no acepta el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, que es uno más de una serie de votos particulares admirablemente concebidos desde un punto de vista que podríamos llamar penológico (El Sr. Fernández Clérigo: El primero). Permítame que diga que son muchos, aunque reconozco que es el primero.

El Sr. Fernández Clérigo aducía las razones que supone íbamos a esgrimir. No es que las supone; es que las conocía,

porque las hemos debatido en el seno de la Comisión, a la que el Sr. Fernández Clérigo pertenece; y, naturalmente, en el seno de la Comisión hemos dicho al Sr. Fernández Clérigo cariñoso y efficacísimo colaborador de ella, y decimos hoy, que no podemos en modo alguno supeditar la existencia civil de un divorcio o una sentencia de orden criminal susceptible de recursos y prórrogas, que conocemos todos los que somos abogados. Eso por una parte. Por otra, empleando los mismos argumentos que exponía el Sr. Piñuela al contestar a la Srta. Campoamor, diré que estamos en presencia de una Ley de Divorcio tipo civil, netamente civil; que puede darse el caso de que exista una bigamia y de que no exista el adulterio; y además, Sr. Fernández Clérigo, lo interesante es que se demuestre la existencia de esta bigamia como causa eficiente de divorcio.

Plantea el Sr. Fernández Clérigo una cuestión que conoce también que la hemos dado solución o que estamos en trance de dársela, decía: "Por imperativo del artículo 114 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en cuanto se tenga noticia de un delito de bigamia tendrá que suspenderse el procedimiento civil hasta que se dicte sentencia en lo criminal". Y nosotros le decimos al Sr. Fernández Clérigo que estamos dispuestos a suscribir una disposición adicional que podría declarar que en los pleitos de divorcio estos hechos no podrán suspender la sentencia que en ellos se dicte, con lo cual podremos demostrar, con absoluta capacidad jurídica para hacerlo, que no se exigirá la sentencia dictada en la causa criminal correspondiente para la que se dicte en el pleito civil.

Si admitimos esta teoría penológica del Sr. Fernández Clérigo en éste como en cualquier otro particular, y partimos de la condena para ilegal al pleito civil de divorcio, digo, Sres. Diputados, con mi modesto criterio, que creo que es el de la Comisión, que no va a ver sentencias firmes en materia de divorcio" (348).

En turno de rectificación, el Sr. Fernández Clérigo replica al Sr. Gomariz y advierte el peligro de que pueda seguirse paralelamente la acción civil de divorcio y la acción criminal persecutoria en delito de bigamia, son una posible duplicidad de sentencias que podrán recaer en los dos procedimientos, pues si se deja que ambos marchen paralelamente, podrá el Tribunal civil que acuda el divorcio por una causa de naturaleza culposa, y el Tribunal de lo criminal que no hay delito de bigamia y absuelve totalmente, siendo esencial evitar que se produzca un conflicto de sentencias firmes contradictorias:

"... Para rectificar brevemente, fijándome de modo especial en aquel ofrecimiento o aquel anuncio de propósito que hace el Sr. Gomariz respecto a que se va a derogar el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y podrá seguir paralelamente la acción civil de divorcio y la acción criminal persecutoria del delito de bigamia, y observar que hay algo más peligroso, y es la duplicidad de sentencias que podrán recaer en los dos procedimientos, porque si dejamos que marchen paralelamente, podrá decir el Tribunal civil que acuerda el divorcio por una causa de naturaleza culposa, y podrá decir el Tribunal de lo criminal que no hay delito de bigamia y que absuelve totalmente. Y ante el Estado, en el que debe presidir una unidad de criterios para fundamentar las decisiones de los Tribunales, ¿cuál es la que nos sirve? ¿En qué situación se encuentra un Estado en el que los Tribunales suyos afirman contradictoriamente en dos sentencias ejecutorias? Observad la gravedad de esto y ved cómo el voto particular elimina ese roce de tanta trascendencia y evita un conflicto de sentencias firmes que es esencial que no se produzca" (349).

En una nueva intervención, el Sr. Gomariz entiende que no puede darse en absoluto el tema de la duplicidad de sentencias, y ello porque la bigamia, alegada como causa de divorcio, requerirá unas partidas de casamiento, y la simple constancia del segundo matrimonio dará lugar a una sentencia judicial,

y probada la existencia del segundo matrimonio y obtenida una sentencia civil de divorcio por causa de bigamia, no es posible que exista luego una sentencia de lo criminal que niegue aquel segundo matrimonio, que ha servido de causa única y probada para la sentencia firme:

"... También conocía la Comisión esta razón del Sr. Fernández Clérigo, en cuanto a la duplicidad de sentencias, que yo entiendo que no puede darse en absoluto. Y no puede darse en absoluto. Y no puede darse, Sres. Diputados, porque la bigamia, alegada como causa de divorcio, requerirá unas partidas de casamiento. El hecho de bigamia se define exactamente por dos matrimonios, y la constancia simplemente del segundo matrimonio dará lugar a una sentencia judicial. En la prevaricación de los jueces, nosotros, para legislar, no creemos.

Yo invito al Sr. Fernández Clérigo, que con tanta sutilidad ha defendido su voto particular, para que nos diga si, obtenida una sentencia civil de divorcio por causa de bigamia (para lo que se debe llevar la prueba del segundo matrimonio), es posible, cabe en la razón lógica que debe presidir estas deliberaciones, que exista una sentencia de lo criminal que niegue aquel segundo matrimonio, que ha servido de causa única y probatoria para la sentencia firme. Yo no conozco, no se me ocurre ningún caso; es posible que al Sr. Fernández Clérigo no le suceda lo mismo. Por lo demás, Sr. Fernández Clérigo, S.S. parte de una base que a mí me parece que carece en absoluto de fundamento. Parte de la base de que la definición del delito ha de tener mayores garantías, en punto al procedimiento y en punto a la eficiencia, que la definición de la causa de divorcio; parte de esta base, y yo le digo a S.S. que, en definitiva, lo que nos interesa a nosotros es la parte civil como causa originaria del divorcio. La parte penal, si existe el caso de duplicidad, que no se me ocurre que pueda existir, no implicaría contradicción, porque, en todo caso, el interés público que representa el delito, y el interés privado, que representa

una demanda de divorcio, son absolutamente distintos, y la opinión que juzgue estas dos sentencias (en cuya existencia no puedo creer) no se alarmará ni mucho menos, cuando no se alarga, Sres. Diputados, cuando existe un contrato y se invalida (El Sr. Fernández Clérigo pronuncia palabras que no se perciben). No he oído la interrupción (El Sr. Fernández Clérigo: He dicho que S.S. es muy incrédulo) Yo, desde luego, soy más incrédulo que S.S., de eso puedo estar seguro.

Puedo decir al Sr. Fernandez Clétigo que, insistiendo en mi razonamiento, no puede este caso y, sobre todo, el que S.S. pretende (El Sr. Ossorio y Gallardo: Y si ocurre el caso que plantea el Sr. Fernández Clérigo, ¿qué sucede?) ¿Qué caso? (El Sr. Ossorio y Gallardo: El de haberse decretado un divorcio por bigamia y que despues el Tribunal de lo Criminal niegue la existencia de la bigamia). Yo digo al Sr. Ossorio y Gallardo, con mi modestísimo criterio de jurista, que habría prevaricado el juez que eso dijese (Rumores) Yo digo eso, y será mi criterio discutible, pero es respetable como el de cualquiera. El juez que afirma en un resultado la prueba de la existencia de un matrimonio, y eso lo destruye la sentencia de un Tribunal, es que ha prevaricado (El Sr. Ossorio y Gallardo: Puede ser falsa alguna de las certificaciones)" (350).

Estando así la discusión, interviene en la misma el Sr. del Rio, de la Comisión, que, a su vez, y contradiciendo lo dicho hasta ese momento por el Sr. Gomariz, sostiene que ese peligro que prevé el Sr. Fernández Clérigo no puede darse con arreglo al artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, conforme al cual el juez al que se le presenta una demanda de divorcio, en la que se alegue como causa del mismo la existencia de bigamia, se encuentra con que para dictar sentencia tiene que demostrarse antes la existencia de un delito y necesariamente tiene que paralizar el procedimiento hasta que haya sentencia en lo criminal:

"... Muy brevemente, en nombre de la Comisión, para ver si convencemos al Sr. Fernández Clérigo de la ineficacia o de la falta de finalidad del voto particular que presenta, con argumentos completamente distintos de los que aduce mi compañero de Comisión el Sr. Gomariz.

El Sr. Fernández Clérigo, con un espíritu admirable de jurista, nos dice que en el nuevo proyecto de Ley de Divorcio puede darse el caso de que un juez estime la existencia de bigamia y declare al divorcio, y luego una sentencia de lo Criminal diga que no hay bigamia.

Aquí se derrumba toda la base del procedimiento, porque se va a que un mismo hecho lo conozcan dos jurisdicciones distintas, y si yo le digo al Sr. Fernández Clérigo: Eso que quiere S.S. evitar con la presentación del voto particular está evitado simplemente con que a los plaitos de divorcio se haga aplicación del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (El Sr. Ossorio y Gallardo: ¡Ah! Si se dice) Es que no hemos dicho que no se haga; es que el juez que vaya a sentenciar una demanda de divorcio, cuando la parte demandante diga: "vengo a pedir el divorcio por la existencia de bigamia", se encuentra con que para dictar sentencia tiene que demostrarse antes la existencia de un delito y necesariamente tiene que paralizar el procedimiento hasta que haya sentencia, so pena de que se modifique el Código penal (El Sr. Ossorio y Gallardo: si el juez fuera el Sr. Gomariz, no se detendría). Por eso no aceptó el criterio del Sr. Gomariz; pero a la vez sostengo que, con la ley de Enjuiciamiento criminal, no es necesario el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, porque se puede dar el peligro que él prevee. El juez al cual se le presenta la demanda de divorcio, y se alegue como causa de divorcio la existencia de delito, necesariamente ha de esperar a que se sentencie el delito para activar la demanda de divorcio (El Sr. Gomariz: pido la palabra. Es imprescindible.- El Sr. Pérez Madrigal: que se lea el artículo 22 del reglamento. No se acaba nunca la discusión

con los juristas)" (351).

Tenemos, pues, una dualidad de opiniones entre distintos miembros de la Comisión: Si seguimos el parecer del Sr. Gomariz, resulta que no cabe la suspensión del procedimiento civil; si, por el contrario, aceptamos la opinión del Sr. Del Río, que en el fondo concuerda con la del Sr. Fernández Clérigo, resulta que el juez civil debe de suspender el pleito de divorcio hasta que el procedimiento criminal se sustancie.

La cuestión vendría a complicarse con la intervención en la discusión del Sr. Sánchez Román, para el cual no siempre que se habla de bigamia hay que pensar en que estamos ante un delito de bigamia, pues puede haber casos de bigamia no delictiva que pueden dar lugar a la pretensión de divorcio por parte del cónyuge inocente: El juez de divorcio, dice, no tiene que pararse ante el hecho de si las circunstancias del caso merecerán o no una calificación penal; le basta comprobar que la circunstancia objetiva de existir un matrimonio y otro posterior pueden acusar en el cónyuge inocente un deseo de procurar el divorcio de aquel matrimonio que contrajo con persona que se encuentra en una situación tan compleja, moral y materialmente, como lo es una pluralidad de vínculos en un todo incompatibles:

"... Muy concretamente diré mi opinión, que es un anticipo de mi voto contrario al del Sr. Fernández Clérigo.

En Derecho matrimonial (y no es que trate yo de hacer ningún descubrimiento ante elementos de la Cámara tan versados en estas materias y de una competencia jurídica indiscutible), en estas leyes matrimoniales, aunque se manejen técnicas que puedan representar figuras delictivas, no quiere decir que siempre que se habla de adulterio o de bigamia se esté pensando en que un cónyuge ha cometido delito de adulterio o de bigamia. Hay muchos casos de bigamia no delictivos y, por consiguiente, el juez del divorcio lo que tendrá que apreciar, según las circunstancias, es si en el caso de varios

matrimonios celebrados por una persona existe una causa perturbadora al cónyuge que se agravia. Los casos de doble matrimonio son frecuentes; sobre todo, en el régimen de vida internacional intensa, se presentan casos numerosos exentos a veces de todo sentido penal delictivo, y que, sin embargo, conocidos por el cónyuge, pueden determinarle una razón de desamor, de aversión, que justifique su pretensión de divorcio. Por consiguiente, el juez de divorcio no tiene que pararse ante el hecho de si las circunstancias del caso merecerán o no una calificación penal; le basta con comprobar que la circunstancia objetiva de existir un matrimonio y otro posterior pueden acusar en el cónyuge inocente un deseo de procurar el divorcio de aquel matrimonio que contrajo con persona que se encuentra en una situación tan compleja, moral y materialmente, como lo es una pluralidad de vínculos en un todo incompatibles.

Por eso el proyecto, a mi juicio con acierto, decía: "Sin perjuicio de la acción de nulidad"; porque puede darse el caso de que el cónyuge que accione la nulidad del matrimonio no sea siquiera el cónyuge del matrimonio válido, el cual, sin embargo, pida su propio divorcio. Por consiguiente, esta elasticidad está en la presuposición misma de la Ley y en general en casi todos los sistemas parecidos.

Y sin proposito de venir a rectificar al Sr. Fernández Clérigo, digo que no es la Ley alemana, el Código alemán, la expresión de un principio objetivo de divorcio, sino, al contrario, la legislación mas característica del principio culpable, en el cual la causa de bigamia se ha entendido en este sentido elástico a que me refiero.

No es cosa de entretener con anécdotas al parlamento; pero yo les presentaría, en via particular, a mis compañeros casos interesantísimos de bigamia verdaderamente inculpables y en los cuales, sin embargo, hay que reservar al cónyuge auténtico, digámoslo así, una acción de divorcio para separar-



se y romper un matrimonio contraído con quien tiene una historia pasada tan compleja, tan oscura, tan turbia a veces, que puede justificar muy bien una posición de separación radical dentro de la comunidad espiritual del matrimonio" (352).

No cree el Sr. Fernández Clérigo que pueda darse el supuesto de bigamia verdaderamente inculpable, más, de admitirse el caso de que no hubiese culpabilidad, lo que no puede admitirse entonces es que, cuando la bigamia no lleva aneja la culpa de uno de los cónyuges, cuando no es culpable, pueda ser motivo de divorcio respecto al primer matrimonio: El Sr. Sánchez Román aclara que puede la bigamia ser culpable y no delictiva, y entonces es cuando constituye causa de divorcio. En este caso, concluye el Sr. Fernández Clérigo, debe estimarse enjugada la bigamia en los motivos de adulterio:

"... Efectivamente, ya decía yo al principio de mi discurso, sosteniendo el voto particular, que se podía alegar el caso de que no hubiese culpabilidad, caso que a mi me parecía raro. Es posible que sea mucho más frecuente de lo que yo suponía, y la larga práctica profesional de mi ilustre compañero, sobre todo lo copioso de su práctica profesional, y lo abundante le habrán enfrentado con algunos casos de los que yo no puedo tener experiencia; pero lo que yo duco, y en los que no comparto absolutamente el criterio del Sr. Sánchez Román, es que, cuando la bigamia no lleve aneja la culpa de uno de los cónyuges, cuando no es culpable, pueda así, francamente, ostensiblemente, terminantemente, ser motivo de divorcio respecto del primer matrimonio (El Sr. Sánchez Román: puede ser culpable y no delictiva y entonces es cuando constituye causa de divorcio). Ya entrando en la zona sutilísima de la culpa meramente civil, en cuanto a la celebración del matrimonio, y de la culpa que puede caer dentro de los linderos del Código penal, me parece que vamos a llevar la discusión a unos puntos (y sobre todo vamos a someterlos a la decisión de los Tribunales) tan sutiles, que sean casi

etéreos y que difícilmente podrán establecer las líneas diferenciales (El Sr. Sánchez Román: ¿Me permite una pregunta el Sr. Fernández Clérigo?). Desde luego, y aún me complace que me la haga (El Sr. Sánchez Román: Aquí, en esto que se discute se trata de optar entre estas dos posiciones: o no es causa de divorcio más que el delito de bigamia o es causa de divorcio la bigamia delictiva y, además, otras bigamias culpables, que sin ser constitutivas de delito son fruto de una vida aventurera, que pueden producir razón de divorcio. Y eso es lo que hay que decidir).

Exactamente, y por eso, aún reconociendo yo la posibilidad de esa tesis, que no llego a compartir, decía que en este supuesto podía también estimarse enjugada la bigamia en los motivos del adulterio y que este era precisamente el fundamento de que no se consignase la bigamia en la mayor parte de las legislaciones, aún en las más modernas, porque se entendía enjugada en el adulterio. De otro lado, yo no se hasta que punto podrán coexistir la acción de nulidad y la acción de divorcio atribuidas por idéntica causa a un mismo cónyuge para un mismo enlace, para un mismo matrimonio. Me parece que es peligroso admitir conjuntamente la duplicidad de acción, de nulidad y de divorcio, atribuidas al mismo cónyuge para un mismo enlace, para una misma unión. Esto en cuanto atañe a la intervención activa y competentísima, como todas las guyas, de nuestro ilustre compañero Sr. Sánchez Román. En cuanto a la comisión, he de decir que se mostró en una disparidad franca de argumentación (El Sr. Salazar Alonso: No estaba el Sr. Del Río cuando se discutió esto en la Comisión).

El Sr. Gomariz, al hablar del artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento Civil, anunciaba la posibilidad de su derogación y, precisamente en el artículo 114 es en el que se fundaba el Sr. Del Río en su impugnación. Yo creo que he partido de la base de la aplicación del artículo 114, y luego, he combatido la tesis del Sr. Gomariz; pero en un principio

parto de la aplicación del artículo 114, y sí, a mi juicio, había que dilucidar previamente, en virtud del artículo 114, la cuestión delictiva, lo justo era partir de la sentencia. Nada más. Ahora la Cámara, que yo creo que ha oído bastante sobre esta cuestión, podrá decidir lo que estime más justo" (353).

El Sr. Gomáriz, aludiendo a una reunión de la Comisión en que se planteó el tema del Artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento civil con relación a la causa de bigamia, manifiesta el acuerdo de la misma en el sentido de someter a la Cámara la aprobación de una disposición al final de la Ley que podría decir que en la tramitación de los juicios de divorcio el hecho de alegarse la existencia de un delito de bigamia no paraliza el procedimiento hasta que se dicte sentencia firme en la causa criminal:

"... La Comisión, en una reunión a la que asistió el Sr. Fernández Clérigo, por cierto, como participante de la misma, dijo que veía la posibilidad de que al alegarse como causa de divorcio la bigamia surgiera la teoría del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento civil y se paralizase el procedimiento hasta tanto no se dictase sentencia, para saber si esta bigamia era de tipo culposo o, al contrario, de las que constituían simplemente causa de divorcio. En efecto, se le dijo al Sr. Fernández Clérigo, y hacemos esta declaración a la Cámara, que si las Cortes lo estiman oportuno, al final de la Ley, para evitar siempre que la apreciación subjetiva no pueda discernir entre una y otra clase de bigamia y paralizar en unos y otros casos el procedimiento, podría decirse que en la tramitación de los juicios de divorcio el hecho de alegarse la existencia de un delito de bigamia no paraliza el procedimiento hasta que se dicte sentencia y esta sea firme" (354).

El Sr. Ossorio y Gallardo cierra la discusión resaltando la dualidad de opiniones y las graves situaciones que en

la práctica puede crear ello, al poderse invocar como interpretación auténtica de la Ley las palabras contradictorias de los miembros de la Comisión:

"... Hay aquí una dualidad de opiniones que va a crear en la práctica situaciones graves, porque las palabras de la Comisión siempre podrán ser invocadas como interpretación auténtica de la Ley. Y si en uno de los casos a que aquí se ha aludido se le ocurriera al Letrado pedir que, habiendo proceso criminal de bigamia se suspenda el pleito de divorcio hasta que aquel se sustancie, uno dirá que la interpretación auténtica es que cabe esta paralización, pues así lo dijo el Sr. del Río y otro argüirá: la interpretación auténtica es que no cabe tal suspensión; así lo dijo el Sr. Gomariz (El Sr. Ministro de Instrucción ú ca: pero como S.S. ha hablado también, ya es una tercera posición y ya es una manera de iluminar). Pero mi humildad no me ha permitido nunca el acceso al banco de la Comisión y, por consiguiente, lo que yo diga nunca podrá ser invocado y las contradicciones de la Comisión, si, con peligro de la justicia y dispendio de los litigantes" (355).

Tras esta discusión, se somete a votación ordinaria la toma en consideración del voto particular del Sr. Fernandez Clérigo, y habiéndose pronunciado en su favor 14 Sres. Diputados y en contra 48, al no haber número suficiente de diputados para tomar acuerdo, se aplaza la votación (356): Verificada nueva votación ordinaria en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, votan en pro 11 Señores Diputados y en contra 71, y no habiendo tampoco número suficiente de diputados para tomar acuerdo, quedó la votación aplazada nuevamente (357): Ante esta situación anómala, y al tener que realizarse la votación sin que muchos de los Sres. Diputados que van a emitir su voto conozcan las razones que se adujeron en la discusión, opta por retirar el voto particular por él suscrito, quedando aprobada, sin mas discusión, la causa 2ª del artículo 3º del dictámen (358).

Esta dualidad de opiniones que en torno a esta causa 2ª del artículo 3º de la ley de divorcio mantienen distintos miembros de la Comisión dificulta, a falta de una exégesis jurisprudencial, la recta interpretación de esta causa de divorcio. A pesar de ello pueden sostenerse las siguientes conclusiones:

1ª: El supuesto de bigamia inculpable que creemos puede darse en la realidad no puede ser motivo de divorcio o separación respecto del primer matrimonio, ello sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges respecto del 2º matrimonio. La razón es que nos encontramos, conforme al espíritu de la ley especial de divorcio, ante una causa de naturaleza "culposa", basada en el principio de "discrepancia subjetiva" y, por tanto, el hecho determinante de la misma solo puede producirse por deliberada libertad del cónyuge en ella incurso, al que debe declarársele, conforme el artículo 9º de la citada ley, cónyuge culpable.

2ª: El Sr. Gomariz alude a una disposición adicional que podría declarar que en los pleitos de divorcio los hechos determinantes de esta causa no podrían suspender la sentencia que en ellos se dicte, con la cual se trataba de modificar el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en los juicios de divorcio cuando se alegara la bigamia como causa de divorcio o separación, mas esta disposición adicional no llegó a suscribirse: en consecuencia, no puede decirse que el citado artículo fuera modificado por la ley especial de divorcio y, por tanto, ha de tenerse como interpretación auténtica de esta causa la opinión manifestada por el Sr. Del Río, conforme a la cual el juez al que se le presente una demanda de divorcio en la que se alegue como causa del mismo la existencia de bigamia, se encuentra con que para dictar la sentencia tiene que demostrarse antes la existencia de un delito y necesariamente tiene que paralizar el procedimiento hasta que haya sentencia (359).

La sentencia firme dictada en causa criminal en que aparezca condenado al bigamo otorga a quien contrajo primer

matrimonio con el bigamo la facultad de solicitar el divorcio o la separación por esta causa 2ª del artículo 3º de la Ley de divorcio, habiendo de seguirse el procedimiento especial dispuesto en el artículo 59 de la misma (360), y ello sin perjuicio de la acción de nulidad del 2º matrimonio que puede ejercitar tanto quien contrajo primer matrimonio con el bigamo como quien contrajo segundo matrimonio con el bigamo: La bigamia como causa de divorcio o separación se toma, pues, conforme a ésta interpretación, a partir de la condena del bigamo en sentencia firme recaída en causa criminal y, por tanto, el juez civil al que se le presenta una demanda de divorcio o separación, en la que se alegue como causa de aquel o de esta la existencia de bigamia, debe suspender, de conformidad con el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el pleito de divorcio o separación hasta que el proceso criminal se substancie.

Si la sentencia firme en causa criminal fuera absoluta-  
ria por falta de culpabilidad en el bigamo -el dolo, en el delito de bigamia, requiere el conocimiento de no hallarse disuelto el matrimonio anterior-, nos encontraríamos ante un supuesto de bigamia inculpable que, como se ha dicho, nunca puede ser motivo de divorcio o separación, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges (361).

(341) Causa 2ª del artículo 3º del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio.

(342) Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108.

(343) Intervención del Sr. Fernández Clérigo en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3656-3657.

(344) Conforme al número primero del artículo 101 del Código civil, son nulos los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84 salvo los casos de dispensa: y según preceptúa el número 5 del artículo 83 del código civil, no pueden contraer matrimonio "los que se hallen ligados con vínculo matrimonial".

A su vez, el artículo 51 del Código civil preceptúa: "No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente".

(345) "El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiera intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio solo surtirá efectos civiles respecto de los hijos": Artículo 69 del Código civil.

Esta causa, dice Suárez de Figueroa, podía haber dicho:

"La bigamia, para el cónyuge inocente que contrajo primer matrimonio, quien podrá instar

también la nulidad del segundo matrimonio, dejando subsistente el primer vínculo. El cónyuge inocente del segundo matrimonio puede instar la nulidad del mismo con los efectos civiles que reconoce el artículo 69 del Código civil": Suarez de Figueroa, Fernando: Comentarios al divorcio votado en Cortes, en Revista de los Tribunales y de Legislación universal, Tomo LXVI, págs. 197-198, Centro editorial de Góngora, 1932.

(346) Señala el artículo 486 del Código penal de 1870, artículo que se encuentra en el título relativo a los delitos contra el Estado civil de las personas:

"El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, será castigado con la pena de prisión mayor". Viada y Vilaseca, Salvador: Código penal reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de Julio de 1876, tomo II, segunda ed., imprenta y librería de Eduardo Martínez, Madrid-1877.

(347) Dice el artículo 114 de la ley de Enjuiciamiento criminal:

"Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho: suspendiéndole, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Cap. II, Tit. I de este Libro, respecto a las cuestiones prejudiciales".

(348) Intervención del Sr. Gomáriz, de la Comisión, para oponerse en nombre de ésta al voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3657.

(349) Intervención del Sr. Fernández Clérigo en turno de rectificación en la discusión de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3657.

(350) Intervención del Sr. Gomáriz en la discusión del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo en contestación a la intervención de éste en turno de rectificación: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3657-3658.

(351) Intervención en la discusión del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo del Sr. Del Río, de la Comisión: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3658.

(352) Intervención del Sr. Sánchez Román en la discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3658-3659.

(353) Intervención del Sr. Fernández Clérigo en la discusión de la enmienda por él suscrita en contestación a los Sres. Sánchez Román y Del Río: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3659.

(354) Intervención del Sr. Gomáriz en la discusión del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo en exposición de un acuerdo tomado por la Comisión respecto al problema planteado por el voto que se discute: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3659-3660.

(355) Intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en la discusión del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3660.

(356) Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3660.

(357) Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3693-3694.

A continuación se leyó por segunda vez un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), casi idéntico al suscrito por el Sr. Fernández Clérigo, proponiendo la siguiente redacción de la causa 2ª del artículo 39º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"2ª: La condena por el delito de bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que puede ejercitarse respecto al segundo matrimonio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106): El Sr. Villanueva, por entender que el mismo era idéntico al suscrito por el Sr. Fernández Clérigo y que, por tanto, su suerte corría de que fuera aceptado o rechazado el del Sr. Fernández Clérigo, lo retira: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3694.

(358) Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3696.

(359) El delito de bigamia es un delito perseguible de oficio: el bien jurídico protegido es el estado civil, en cuanto que éste dependa del matrimonio, bien jurídico protegido que trasciende de lo individual a lo social y, por tanto, aun cuando se dé el perdón del ofendido, la acusación pública habrá de iniciar y mantener el procedimiento hasta que se dicte sentencia.

(360) Cfr. NOTA 314 de esta tesis."

(361) En sus comentarios al divorcio votado en Cortes, el Sr. Suárez de Figueróa comenta así esta causa de bigamia:

"... La causa segunda es la bigamia. Bigamia la comete quien, siendo casado, contrae nuevo matrimonio. Esta causa de divorcio podría haberse aclarado un poco más en la ley. ¿Quién puede pedir el divorcio basándose en dicha causa? El culpable nunca, sólo el inocente; pero, ¿cual de los dos inocentes? "Quién contrajo primer matrimonio con el bigamo o quién fue engañado por éste al contraer el segundo? Indudablemente que la ley votada se refiere a ambos, cuando dice en la causa 2ª: "La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges". Este precepto encierra alguna confusión, porque, ¿a quién se refiere al decir "cualquiera de los cónyuges"? ¿Al que contrajo primer matrimonio con el bigamo o al que contrajo el segundo matrimonio? Si es el primero está bien, porque éste puede elegir entre pedir el divorcio basándose en dicha causa o bien la nulidad del segundo matrimonio, subsistiendo el vínculo que contrajo con el bigamo; pero no sucede así con quien contrajo segundo matrimonio con el bigamo (suponiéndole inocente, es decir, que no conocía la existencia del vínculo anterior), porque este segundo cónyuge no está casado, toda vez que es nulo su matrimonio. Si es nulo este matrimonio, ¿cómo puede pedirse el divorcio de un matrimonio nulo? Podrá pedirse la nulidad, pero el divorcio no. Por eso, a nuestro juicio, en esta segunda causa podría haberse puesto: "la bigamia, para el cónyuge inocente que contrajo primer matrimonio, quien podrá instar también la nulidad del segundo matrimonio, dejando subsistente el primer vínculo. El cónyuge inocente del segundo matrimonio puede instar la nulidad del mismo con los efectos civiles que reconoce el artículo 69 del Código civil" (Suárez de Figueróa, Fernando: Comentarios al divorcio votado en Cortes, en Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, Tomo LXVI, 1932, p. 197-198).



7.3.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa segunda del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en la causa segunda del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite: De ahí que no pudiera darse lugar al divorcio o separación por esta causa si el cónyuge que contrajo primer matrimonio con el bigamo no hubiere fundado en ella su acción.

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa segunda del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (362), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvencción como causa de divorcio o separación por ella interesado la segunda del artículo 3º de la

Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, sentando en los hechos de su demanda o reconvención el hecho de haber contraído el bigamo segundo o ulterior matrimonio, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular en el pleito ninguna prueba dirigida a demostrar un supuesto de bigamia cuya existencia no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvención.

c) Necesidad de probar cumplidamente el hecho de haber contraído el bigamo segundo o ulterior matrimonio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente el hecho de haber contraído el bigamo segundo o ulterior matrimonio: Conforme a la interpretación dada de esta causa de divorcio o separación, sería necesario para su estimación acompañar copia fehaciente de sentencia firme dictada en causa criminal en que apareciera condenado el bigamo, pues, en otro caso, tendría plena aplicación el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

7.4. "La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución": Causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (363):

7.4.1. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número 3º del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Las causas o motivos de divorcio o separación comprendidas en el número tercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluíbles en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califican de culposos por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que la apreciación de cualquiera de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número tercero del art. 3º de la Ley de Divorcio, atendida su naturaleza subjetiva, acarreará indefectiblemente sobre quien los produce la imputación de su culpabilidad, por ser jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a los mismos sin declarar culpable a quien les fue atribuido.

---

(363) Causa 3ª del artículo 3º del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: En la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113- se sometió a la aprobación de la Cámara esta causa 3ª del artículo 3º del dictamen, que quedó aprobada sin discusión (cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, 3696).

Una enmienda del Dr. Juarros a la causa 3ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio mantenía el texto del dictamen añadiendo un último párrafo en estos términos: "... y la embriaguez habitual de uno de los cónyuges" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105):

Leída por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, se pasó a su discusión, mas por entender que la única finalidad de la enmienda suscrita por el Dr. Juarros era instituir entre las causas de divorcio "la embriaguez habitual de uno de los cónyuges", consideramos que la misma debe ser objeto de examen al tiempo de la causa 8ª, donde se tratará este tema.

7.4.2. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número tercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

El número tercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio comprendía evidentemente varias causas o motivos independientes de divorcio o separación:

a) "La tentativa del marido para prostituir a su mujer"

Este motivo comprendido en el número tercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio plantea algunos problemas que, en la práctica, quedan sin resolver al no haber tenido ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre los mismos (364):

El hecho determinante que da lugar a este motivo de la causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio es la acción del marido con que intenta prostituir o corromper a su mujer: mas pudiendo seguir al intento del marido la prostitución o corrupción de la mujer, se plantea el problema de si el consentimiento de ésta en su prostitución o corrupción es o no circunstancia impidiente de la estimación de este motivo: creemos que a este supuesto es de aplicación, y allí nos remitimos, la doctrina del Tribunal Supremo en relación al consentimiento generador de la excepción que da lugar a que no se estime el adulterio como causa de divorcio o separación. Mas son términos distintos el consentimiento de la mujer en su prostitución o corrupción de la mujer que sigue a la acción con que el marido no ya intenta prostituir o corromper a su mujer, sino que coacciona a ésta para su prostitución o corrupción.

b) "El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución": Son varias las conductas que se contemplan en este motivo de la causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio: la tentativa del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia del marido o de la mujer en la corrupción de sus hijos o prostitución de las hijas.

Se plantean también aquí algunos problemas en relación con estas conductas del marido o de la mujer que, en la práctica, quedan sin resolver al no haber tenido ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre las mismas: sólo en una sentencia de 29 de Junio de 1933 -R.J.A. 1932-1933, Nº 187, pág. 96- tiene ocasión el Tribunal Supremo de resolver una cuestión con referencia a un hecho que podía dar lugar a la estimación de esta causa, pero lo hace en sentido negativo: Decretado el divorcio con culpabilidad del esposo demandado, la esposa demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal "a quo" por no haber estimado en contra del esposo la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio, siendo la única finalidad del recurso conseguir los efectos que señala el artículo 12 de la citada Ley de Divorcio (365):

"... Que no justificándose por la recurrente que el Tribunal "a quo" haya incurrido en injusticia notoria, causa que alega para la interposición de este recurso, al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, al apreciar los elementos de prueba suministrados para justificar el hecho alegado de haber forzado con determinados ofrecimientos su esposo a uno de los hijos del matrimonio a reconocer como suyos los hijos habidos en su ilícita relación con su manceba, en el que basa la causa 3ª del artículo 3º de la ley citada y el pedimento de aplicación del artículo 12 de la misma, ya que no demuestra la infracción por dicho Tribunal de ninguna regla de esa crítica, al no atribuir suficiente eficacia demostrativa al único testimonio prestado, al efecto, ni el interpretar la circunstancia de que el hijo del matrimonio aparezca ya mayor de edad reconociendo como suyo un hijo de determinada mujer nacido cuando aquél tenía solamente doce años, es notoria la improcedencia de acoger el motivo fundamental del recurso.

"... Que, aun dada la justificación de los hechos en que la recurrente apoya fundamentalmente la causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, no son aquellos de la naturaleza

que exige la causa citada; sino que por ser altamente reveladores de una conducta inmoral y deshonrosa del cónyuge autor, encajan en la 3ª del propio artículo, que no hace relación a la prohibición establecida en el artículo 12 de la propia ley, cuya aplicación es la finalidad única perseguida en el presente recurso, siendo por ello procedente desestimarlos, ya en cuanto a la causa como a su efecto prohibitivo de nuevas nupcias al cónyuge culpable".

Nos encontramos, pues, con determinados hechos que dan lugar a este motivo de la causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

1º: La acción del marido o de la mujer con que intentan corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas. Una interpretación correcta de este motivo de divorcio o separación, motivo de naturaleza "culposa", basado en el principio de "discrepancia subjetiva", nos lleva a la conclusión de considerar como circunstancia impidiendo de la estimación del mismo el hecho del consentimiento del cónyuge que funda su acción en esta causa en la tentativa del culpable para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, sígase o no al intento la corrupción de los hijos o prostitución de las hijas.

2º: La connivencia del marido o de la mujer en la corrupción de sus hijos o prostitución de sus hijas: Consecuencia de la interpretación propugnada en el apartado anterior que el consentimiento de los hijos o de las hijas en su corrupción o prostitución no es óbice para que el cónyuge inocente pueda pedir el divorcio o la separación por esta causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio. Se plantea, sin embargo, un problema de difícil solución: la mera complacencia de uno de los cónyuges en la corrupción de sus hijos o prostitución de sus hijas, ¿podía dar lugar a que se estimase en su contra esta causa 3ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio?: Creemos que no puede referirse esta causa a la circunstancia del mero conocimiento que uno de los cónyuges pueda tener de la corrupción de sus hijos o

prostitución de sus hijas, sino que al menos presupone una confabulación del cónyuge culpable en la corrupción de sus hijos o prostitución de sus hijas.

(364) Sólo en una sentencia de fecha 30 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, R41- tiene ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre este motivo de divorcio o separación comprendido en el número 3º del artículo 3º de la Ley de Divorcio: Condenada la esposa demandada, entre otras, por la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por el marido en su demanda, interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia por haberse desestimado, entre otras, la causa 3ª del artículo 3º de la citada Ley que había alegado en su reconvencción, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que tampoco incide en dicha injusticia la sentencia recurrida, cuando desestima la causa tercera, comprendida en la reconvencción, ... ya que la admitir la conducta inmoral de la mujer, en la forma que se hace, no debe admitirse la tentativa del marido para corromperla".

(365) "No podrá contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo tercero": Artículo 12 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Se estudiará cuando se analice en el lugar correspondiente el tema de los "efectos del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges".

7.4.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en el número tercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de quel trámite: De ahí que no pudiera darse lugar al divorcio o separación por esta causa si no fue objeto de debate en el pleito (366).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (367), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvencción como causa de divorcio o separación por ella interesado la tercera del artículo 3º de la Ley



de Divorcio justificara la alegación de la misma, sentando en los hechos de su demanda o reconvencción aquellos hechos determinantes respecto del cónyuge contra el que la misma se alega de los supuestos previstos en ella, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular ninguna prueba dirigida a demostrar los supuestos previstos en la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuya concreción no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvencción (368).

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción determinantes de los supuestos previstos en la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción determinantes de los supuestos previstos en la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio.

---

(366) "... No siendo de tener en cuenta tampoco la causa tercera, porque se invoca por primera vez en el recurso, sin duda aprovechando un lapsus de uno de los Resultados de la sentencia recurrida, y sabido es que lo que no fue objeto de debate en el pleito no cabe traerlo a revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 786-. Cfr. Criterio interpretativo de las causas de divorcio y separación, en NOTA 310 de la tesis.

(367) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(368) "... Que alegadas en su demanda por don José Antonio F. las causas tercera y séptima del artículo 3º de la ley de Divorcio que no apreció la sentencia de la Audiencia de Madrid, notorio es que la supuesta injusticia notoria del fallo recurrido sólo puede referirse a la desestimación de aquellas por el Tribunal de instancia; pero la revisión de la prueba practicada, que habrá de recaer sobre los hechos anotados en la demanda, convence de la exactitud y acierto con que la apreció la Sala sentenciadora, puesto que ni en el indicado escrito se concretaron aquéllos que pudieron ser determinantes respecto de la demandada doña Filomena G.M. de los supuestos previstos en la causa tercera del artículo 3º de la ley con relación a las hijas del marido y a la de ambos cónyuges, ni...; y si, en su consecuencia, no estimó la Audiencia de Madrid justificada una ni otra causa, su sentencia no adolece de la pretendida injusticia notoria y debe desestimarse, con las costas del artículo 62, el recurso del Sr. F., a cuya vista no asistió el Ministerio fiscal en apoyo de lo por él consignado en su escrito, evacuando el trámite de instrucción": Sentencia del T.S. 17 Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1778-.

7.5. "El desamparo de la familia sin justificación":  
Causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (369).

7.5.1. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación:

La causa 4ª del artículo 3º de la Ley de divorcio, incluíble en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califica de culposa por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que la apreciación de esta causa de divorcio o separación, siendo lo que constituye el acto que la Ley castiga la volitiva determinación del cónyuge incurso en la misma para cesar en la obligada protección material y de todo orden que debe a las personas que constituyen el hogar familiar, acarreará indefectiblemente sobre quien la produce la imputación de su culpabilidad, por ser jurídicamente inadmisibile que se otorgue virtualidad a la misma sin declarar culpable a quien le fue atribuida (370).

(369) El artículo 3º del proyecto de ley de divorcio establecía en su apartado 5º como causa legítima de divorcio "el desamparo de la familia sin justa causa cualquiera que sea su duración"; en el texto del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio pasa esta causa al apartado 4º del artículo 3º con esta redacción: "El desamparo de la familia sin justificación". En la sesión del día 9 de febrero de 1932 -NUN. 113- se aprueba esta causa 4ª del artículo 3º del dictamen sin modificación alguna (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3700).

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo a la causa 4ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción de la misma: "4ª El desamparo de la familia sin justa causa" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUN. 108); Leído por segunda vez en la sesión del día 9 de febrero de 1932 -NUN. 113-, el Sr. Fernández Clérigo, en gracia a la brevedad, retira (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, 1697).

(370)"... Respecto del segundo extremo propuesto en el recurso que, por no haber consentido el señor O.P. el pronunciamiento de la sentencia recurrida decretando por causa a él imputable el divorcio interesado por su esposa, indudable es que al no impugnarle reconoció la justicia con que la Audiencia de Madrid estimó que había realizado el acto determinante de la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio alegada por su esposa desamparándola injustamente e implícitamente vino a confesar su culpabilidad en la realización de tal hecho; y como la sentencia recurrida no la declara en su fallo cuando la apreciación de la indicada causa de divorcio puramente subjetiva ha de acarrear indefectiblemente sobre quien la produce la imputación de su culpabilidad debe estimarse también, y por igual motivo el recurso de revisión por doña Rosario de H. promovido en cuanto al mencionado particular se refiere, declarando culpable al Sr. O.P. del divorcio que conforme a lo solicitado por su esposa estimó la sentencia de la Audiencia de Madrid, por dicho señor consentida": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1689-; "... Que acogida

por el Tribunal de instancia en su fallo la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es evidente que la exención de culpabilidad que en la sentencia se hace, constituye la notoria injusticia denunciada por la recurrente, por estar dicha causa en el grupo de las de discrepancia subjetiva o culposa producto de la libre voluntad del en ella incurso razón que obliga a estimar el recurso en este particular": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1226-.

7.5.2. Elementos integrantes de esta causa de divorcio o separación:

Conforme a constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, definida legalmente como "desamparo de la familia sin justificación", requiere la concurrencia de dos esenciales requisitos que la integran:

Uno, de carácter positivo, consistente en el hecho mismo del desamparo familiar, que se concreta en actos y omisiones del cónyuge a quien se imputa la no prestación de aquellas rigurosas asistencias morales y económicas que impone la disciplina del derecho familiar, especialmente en relación con el consorte y los hijos comunes (371); este primer elemento integrante de la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, de carácter objetivo, viene, pues, determinado por la inhibición del cónyuge a quien se imputa el desamparo, en cubrir todas las necesidades materiales y de todo orden que debe a las personas que constituyen el hogar familiar (372). Y otro, de índole acusadamente subjetivas, referido a la falta de justificación de tal conducta por parte del obligado (373).

7.5.2.1. Delimitación del concepto de desamparo:

a) Inadmisibilidad de la tesis jurídica que considera que esta causa de divorcio o separación se refiere al "desamparo de la familia en punto a las relaciones económicas que dentro de la misma se dan como necesarias" (374):

Esta tesis jurídica se desarrolla en algunas sentencias dictadas por los Tribunales de instancia que deniegan la aplicación de esta causa de divorcio o separación fundándose en que la misma se refiere "al desamparo de la familia en el aspecto económico": Como se ha visto, ya el Sr. Villanueva en el discurso pronunciado en defensa de un voto particular suscrito por el mismo parece referir el desamparo de la familia a la parte econó-

mica, pues de referirse a la parte moral, entonces, diría, ya está incurso en la causa de "abandono culpable del cónyuge durante un año", siendo el Sr. Mateo quien, contestándole, en nombre de la Comisión, delimitaría esta causa de divorcio o separación refiriéndola de una manera genérica, en contra de la concreción de la causa de abandono referida a los deberes del cónyuge, al incumplimiento de la obligación con relación a la familia, a los hijos, es decir, a la falta de asistencia, a la falta de protección, a la falta de medios económicos con que la familia pueda contar:

La doctrina del Tribunal Supremo declaró que esta tesis jurídica desarrollada en algunas sentencias dictadas por los Tribunales de instancia era una tesis manifiestamente equivocada (375), y, al tiempo que declara que esta tesis jurídica que considera que el desamparo de la familia se refiere exclusivamente al aspecto económico en una tesis a todas luces errónea, ofrece una recta interpretación de esta causa de divorcio o separación.

b) Delimitación jurisprudencial del concepto de desamparo:

Conforme a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación del mutuo amparo entre los cónyuges comprende, no sólo la dación de auxilios pecuniarios, cuando éstos hacen falta, sino además la prestación de toda clase de asistencias, materiales y morales, que impone la disciplina del derecho familiar. Constituya el acto que la Ley castiga la volitiva determinación del cónyuge para cesar en la obligada protección material y de todo orden que debe a las personas que constituyen el hogar familiar: Consiste, pues, el desamparo en la inhibición o dejación que hace uno de los cónyuges de aquellos deberes de ayuda asistencia y protección de todo orden, y, por consiguiente, tanto material como moral, que la disciplina del derecho familiar le impusiere con respecto a las personas que integran el núcleo familiar especialmente el otro consorte y los hijos

comunes, atendidas la situación y circunstancias de momento de quien o quienes el amparo necesitan, sin subordinación a límite de tiempo y sin que se pueda tener en cuenta, para servir de expeculación a la conducta de quien tuviera que cumplir o satisfacer aquellos deberes, el auxilio que a la familia hayan podido prestar terceras personas (376).

Una mayor concreción del concepto de desamparo nos lleva a estudiar las siguientes cuestiones:

1ª: El desamparo de la familia sin justificación por una de las personas que la constituyen ha de consentir en la no prestación por ella de aquellas obligaciones o deberes que atendida la situación de momento de quien o quienes el amparo tuviera que cumplir o satisfacer; de donde se deduce que, producido en un matrimonio sin hijos el injustificado desamparo de uno de los cónyuges por el otro, no es posible que aquél que lo sufre y mientras su desamparo subsista se halle en condiciones de desamparar a su vez sin causa ni motivo y simultaneamente a su consorte causante del estado que alteró la normalidad de la vida conyugal" (377).

2ª: Según doctrina constante del Tribunal Supremo, la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio ha de apreciarse cuando el cónyuge a quien se le atribuye el desamparo de la familia sin justificación, olvidando las obligaciones que la Ley le impone en orden al sustento y protección debidos al otro cónyuge y a los hijos del matrimonio, no se desentienda de su cumplimiento, "sin que pueda en modo alguno servir de exculpación a tal conducta que las consecuencias materiales del desamparo no hayan llegado de hecho a producirse, habida cuenta del auxilio que a la familia hayan podido prestar terceras personas que sustituyan en sus obligaciones al cónyuge que se apartó de cumplirlas", pues si lo que constituye el acto que la Ley castiga es la volitiva determinación del cónyuge a quien se le atribuye el desamparo de la familia para cesar en la obligada protección material y de todo orden que debe a las personas

que constituyen el hogar familiar, la objetividad de esta causa exige que sea apreciada teniendo en cuenta los actos nacidos de aquel cónyuge, con independencia absoluta de las repercusiones que su conducta origine, sobre todo si no se llega al estrago natural que de ella se podía esperar por circunstancias completamente ajenas e independientes de su voluntad: La apreciación de esta causa se ha de producir, pues, por un examen de carácter subjetivo en relación con los actos de aquel cónyuge, y de ningún modo por los resultados que objetivamente se puedan producir como consecuencia de la intervención de otros factores distintos y ajenos en absoluto a su voluntad, sin que puedan servir de fundamento para deducir consecuencias en favor del cónyuge inculpa- do los actos que otras personas hayan podido realizar acudiendo en auxilio de las que fueron víctimas del desamparo (378).

3ª: El incumplimiento de la obligación nacida de un contrato por el que uno de los cónyuges se obliga a entregar al otro una cantidad de dinero todos los meses para la satisfacción de sus necesidades materiales, no integra el desamparo constitutivo de esta causa de divorcio o separación:

Con relación a este tema, en un primer momento, en un supuesto en que la esposa, llevándose a la hija del matrimonio, salió del domicilio conyugal y se trasladó al de su madre, pactándose, con tal motivo, en documento privado, entre el marido y la esposa y su madre, que aquél entregaría todos los meses a su madre política una cantidad de dinero para no dejar desamparadas a su esposa e hija, ante el incumplimiento del pacto por el cónyuge obligado contractualmente a entregar dicha cantidad mensual para el sostenimiento de su esposa e hija, el Tribunal Supremo, desestimando el recurso de revisión que interpuso el marido por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que había decretado el divorcio de los cónyuges por la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada por la esposa como fundamento de su demanda, aplica esta causa de divorcio por incumplimiento de la obligación nacida del contrato:

"... Que no puede prosperar el recurso entablado por el Sr. C. por lo que concierne a la causa 4ª del artículo 3º de la Ley, que alegó su esposa, porque revisada la prueba atinente a este particular, su ponderación, conforme a un racional criterio, justificado que la voluntaria asistencia económica que, según quedó expuesto venía prestando C. fuera de su domicilio a su esposa, quedó de hecho interrumpida desde el mes de Enero de 1932, como reconoce el recurrente, aunque trate de disculparse alegando que su esposa no recogía oportunamente la pensión del Juzgado Municipal, lo cual aun siendo exacto, no podrá librarle de la obligación por él contraída de entregar aquélla a su madre política como había convenido para no dejar desamparadas a su esposa e hija, y mucho menos cuando de la litis fluye el contrario propósito del srñor C., puesto que, de acuerdo con su madre, ha procurado situarse en estado de aparente insolvencia": Sentencia del T.S. de 19 de Marzo de 1934 (379).

Posteriormente, en un supuesto análogo, en que los cónyuges pactaron libremente una separación de personas y bienes, conviniendo que el marido se obligaba a pasar a su esposa una renta de vida, el Tribunal Supremo rectifica la doctrina anterior y declara que el incumplimiento por el marido de aquella obligación nacida de un contrato no integra el desamparo legal, ya que la mujer puede acudir a los Tribunales, ejercitando las acciones que estime procedentes para hacer efectiva aquella obligación, doctrina ésta que nos parece la correcta por cuanto que el cumplimiento de aquellas obligaciones nacidas de un contrato podía y debía reclamarse en la esfera civil:

"... Que si bien el desamparo a que se refiere la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, supone una desatención y falta de apoyo de carácter marcadamente material y económico, reiterado y contumaz por parte del cónyuge que tiene recursos para sostener en la proporción que le corresponda la carga de la familia, no es menos cierto que cuando, como en el caso presente, se pactó libremente una separación de



personas y bienes en 1920, estipulándose en la cláusula quinta del convenio que el marido "se obligaba a enviar al lugar donde fije su residencia su esposa una renta de vida para la misma que será igual a la suma que representa el treinta por ciento de los emolumentos oficiales que disfrute, correspondiendo en el día de la fecha 1325 francos...", y cuando es un hecho reconocido por ambos cónyuges que hasta el año 1928, el marido cumplió con tal alegación, su posterior incumplimiento no integra el desamparo legal, ya que la mujer puede acudir a los Tribunales, ejercitando las acciones que estime procedentes para hacer efectiva aquella obligación nacida de un contrato y cumplido durante ocho años por el obligado, y al estimarlo así la Audiencia no incurre en injusticia notoria como en el cuarto motivo se expone": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1935 (380).

4º: El incumplimiento por el marido de la obligación de abono de la pensión alimenticia de la mujer, nacida aquella por mandato judicial al constituirse el depósito de ésta, no integra el desamparo constitutivo de esta causa de divorcio o separación:

Según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, desde el momento en que el matrimonio se separa por virtud de un depósito judicial en el que se decreta que el marido satisfaga a la mujer una determinada pensión alimenticia, el incumplimiento por parte de aquel de esta obligación no puede calificarse como injustificado desamparo de la familia, por cuanto que su cumplimiento puede y debe reclamarse en la esfera civil, dentro de cuyo procedimiento se hallan establecidas las normas conducentes a la efectividad de los derechos que en este aspecto pudieran corresponder a la esposa para hacer cumplir a su marido el mandato judicial (381).

#### 7.5.2.2. Delimitación del concepto de familia:

Una enmienda del Sr. Arranz al número cuarto del artí-

culo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio plantea el tema de la delimitación del concepto de familia proponiendo que aquella se redactara precisando que el desamparo hace referencia al cónyuge y a los hijos:

"4º: El desamparo del cónyuge o de los hijos sin justificación" (382): Leída por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, al no aceptarse por la Comisión, pide la palabra el Sr. Arranz para exponer la necesidad de aclarar el concepto de familia a los efectos de esta causa de divorcio, pues la palabra "familia", jurídicamente, es imprecisa, de una significación indefinida, vaga, oscura en la forma; de ahí la necesidad de concretar, cuando se habla del desamparo de la familia, a quienes se refiere:

"... Realmente me sorprende que la Comisión, compuesta de distinguidos letrados, no haya admitido esta enmienda; pero vamos a explicarla, y tengo la seguridad de que, si no la acepta, por lo menos dará explicaciones que equivalgan a la admisión. Porque la palabra "familia", jurídicamente, es imprecisa, de una significación indefinida, vaga, oscura en la forma. La palabra "familia" en el Código civil no tiene definición concreta. En diferentes artículos del Código se habla de la familia; pero en unos casos, como, por ejemplo, cuando trata de la obligación de dar alimentos, la familia comprende hasta los hermanos; cuando se trata de la sucesión "ab intestato", llega hasta cuarto grado. Lo mismo ocurre cuando a la familia se refiere al Código penal; acerca diferentes conceptos. La palabra familia significa el conjunto de personas que, descendiendo de un tronco común, se hallan unidas por el vínculo del parentesco. ¿Hasta dónde? Por eso debemos concretar; porque si se dice el desamparo de la familia, ¿a quiénes se refiere? ¿Hasta dónde va a alcanzar el desamparo? ¿Al otro cónyuge y sus hijos? Pues debe decirse, para evitar toda confusión (Un Sr. Diputado: ¡Se está hablando del matrimonio!) Pero cuando se dice que puede ser causa del divorcio el desamparo de la familia, no se precisa si

dentro del concepto de familia se abarca solamente el otro cónyuge y los hijos o también otras personas de la familia, incluso la suegra (Risas).

Y para que vean los Sres. Diputados que lo que estoy diciendo tiene un alcance y una trascendencia ya muy antigua, jurídicamente, les diré que en las partidas se consignaba como una de las palabras obscuras las de "familia"; y se define en las Partidas la familia de una forma que, seguramente, no la acepta la Comisión ni la entiende así la Comisión (El Sr. Alvarez Angulo: Pero relacionado con el matrimonio no puede haber más familia que la mujer, el marido y los hijos). En cuestiones de Deracho me parece que el Sr. Alvarez Angulo no tiene gran autoridad (El Sr. Alvarez Angulo: No tengo autoridad para eso; pero tengo sentido común, que no suelen tener algunos abogados.- Risas, rumores y protestas). Desde el punto de vista jurídico, decían que la familia era: el jefe de ella, su mujer, sus hijos, sus criados y dependientes. Seguramente la Comisión no le da ese sentido. Creo que conviene que se aclare bien el concepto. Si la Comisión, desde luego, entiende, como digo en la enmienda, que se refiere a la mujer y a los hijos, yo no me doy por satisfecho y me siento. Nada más (Un Sr. Diputado: Que lo aclare el Sr. Alvarez Angulo)" (333).

El Sr. Moreno Hato, en nombre de la Comisión, se opone a la enmienda suscrita por el Sr. Arranz por entender que está suficientemente concreto el texto de la Comisión, ya que ese desamparo de la familia no puede referirse, en modo alguno, más que al otro cónyuge y a los hijos:

"... Siente la Comisión no admitir la enmienda; pero cree, abundando en las razones anteriores, que está suficientemente concreto el texto de la Comisión, y que, como antes ha dicho algún Sr. Diputado, ese desamparo de la familia no puede referirse, en modo alguno, más que al otro cónyuge y a los

hijos (El Sr. Ossorio y Gallardo: No, no. Otro Sr. Diputado: Pues que lo diga) Repito, Sres. Diputados, que tratándose de una ley de Divorcio, en modo alguno puede referirse el concepto de familia y el desamparo de la misma más que a la falta de asistencia del otro cónyuge y de los hijos. Por consiguiente, lo estimamos suficientemente claro, bastante comprensivo, y no creemos que sea necesario, de ninguna manera admitir esa enmienda como aclaración del concepto.

La Comisión insiste nuevamente en su criterio y siente no poder admitir la enmienda" (384).

Aun cuando el Sr. Arranz insiste en mantener su enmienda, porque según dice, en realidad, de lo que se trata es de aclarar un concepto, de procurar que la ley sea clara y precisa, que no se preste a interpretaciones y discusiones, y aceptando lo que él pide, que es lo mismo que indica la Comisión, todos quedarían satisfechos (385), no todos los Sres. Diputados aceptan el concepto de familia que tanto el Sr. Arranz como la Comisión admiten, y así el Sr. Ossorio y Gallardo se inclina por la redacción del texto del dictamen, aunque por el motivo contrario que la Comisión acaba de defender, por entender que esta causa de divorcio se refiere al desamparo de aquellas personas que constituyen el hogar familiar, y éste no necesariamente estará constituido siempre por el marido, la mujer y los hijos:

"... Hablo un poco cohibido por una dura crítica que el Sr. Alvarez Angulo ha dirigido hace un momento a los abogados (El Sr. Alvarez Angulo: Fué una ligereza; perdóneme) Yo quiero decir, en apoyo de mis compañeros, que solemos dar ejemplo de hablar centadísimos minutos, y pocos como nosotros dominan la brevedad.

Yo me inclino por la redacción que trae el texto de la Comisión, aunque no por el motivo que la Comisión acaba de defender, sino por el contrario. Porque la familia, que tiene que amparar el jefe de ellas, unas veces estará consti-

tuida por el marido, la mujer y los hijos, pero otras veces por el marido, la mujer y los nietos (si han muerto los hijos) y otras veces por el marido, la mujer y algún hermano menor a quien se sostiene, etc. Quiero decir este artículo que es causa de divorcio dejar en el desamparo a aquellas personas que constituyen el hogar, y por eso la palabra familia me parece más clara y más comprensiva que cualquiera otra puntualización. Y nada más, Sr. Alvarez Angulo (El Sr. Alvarez Angulo: Muchas gracias)" (336).

Aun cuando después de las palabras del Sr. Ossorio y Gallardo a propósito de la extensión del concepto de familia, la confusión en torno al mismo parece aumentar, y se imponía la necesidad de aclararlo, el Sr. Moreno Mateo, más que aclararlo, insiste, precisando ahora el concepto en otras legislaciones, en que el texto de la Comisión es lo suficientemente expresivo y no necesita aclaración ninguna:

"... He de permitirle también hacer una observación al Sr. Ossorio y Gallardo, a propósito de la extensión del concepto de familia. Por no alargar mi intervención, por contribuir un poco a hacer labor útil, no he querido precisar el concepto en otras legislaciones; pero tenemos, por ejemplo, la legislación de Colombia y de Australia, donde se habla del desamparo de la familia y se habla de un caso del abandono por la mujer de los deberes de esposa y madre, y en otro caso del abandono por el marido de sus deberes de esposo y padre, siempre con relación a la familia.

De manera que no quiero insistir más, sino hacer sencillamente esta observación para que la Cámara comprenda que el texto de la Comisión es lo suficientemente expresivo" (337).

Habiendo solicitado varios Sres. Diputados que se procediera a la votación nominal de la enmienda suscrita por el Sr. Arranz, verificada ésta, quedó desechada por 94 votos

contra 24 (388): Podemos decir que, a falta de una exégesis jurisprudencial, debe aceptarse como interpretación auténtica del concepto de familia el mantenido unánimemente por la Comisión conforme al cual el desamparo de la familia no puede referirse, en modo alguno, más que al otro cónyuge y a los hijos (389):

Es ésta también la interpretación del concepto de familia hecha por la doctrina: Así, Fernando Suárez de Figueróa, comentando esta causa de divorcio o separación en su caso, señala:

"El desamparo de la familia sin justificación consiste en la omisión de aquellas obligaciones de auxilio que deben presentarse a los suyos, a la familia, siendo ésta a estos efectos y en el orden jurídico la sociedad conyugal y la paterno-filial. A estas dos agrupaciones es, indudablemente, a las que la ley se refiere al tratar del desamparo. Según este precepto, el cónyuge que debiendo prestar a los individuos que integran la familia dentro de las agrupaciones antes dichas, aquellos auxilios a que tienen derecho, omite tal obligación, no prestándoles los debidos alimentos, no empleando los productos de su trabajo en aquellas atenciones singulares, etc., sin que haya motivo que justifique estas omisiones, incurre en causa de divorcio" (390).

(371) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 805- y 4 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 772-.

(372) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 194-, 21 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 88- y 18 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1378-.

(373) Cfr. sentencias del Tribunal Supremo señaladas "ut supra" -Números 371-372 de la tesis-

(374) Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) a la causa 4ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio aspira a sustituir la misma por otra que dijese:

"4ª: La falta de cumplimiento voluntaria y reiterada del marido en el sostenimiento del hogar" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106):

Leído por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, el Sr. Villanueva, en defensa de la misma, partiendo de la tesis de que tal causa de divorcio o separación se refiere al desamparo de la familia en el aspecto económico, cree que un solo acto, un acto aislado de esta naturaleza, no puede constituir en manera alguna causa de divorcio:

"... Mi voto particular aspira a sustituir el número 4º del artículo 3º del dictamen, que dice: "Será causa de divorcio el desamparo de la familia sin justificación", por

otro que dice: "La falta de cumplimiento voluntaria y reiterada del marido en el sostenimiento del hogar".

En el proyecto de ley del Sr. Ministro, en este apartado, además de "el desamparo de la familia sin justificación", se decía "sea cualquiera el tiempo", y aquí tenemos que estudiar dos cosas: primera, el desamparo de la familia, ¿se refiere a la parte moral o a la parte económica? Si se refiere a la parte moral, entonces ya está incurso en el número 5º, que dice "el abandono culpable del cónyuge durante un año". Si se refiere a la parte económica, yo creo que un solo acto aislado, no puede constituir en manera alguna causa de divorcio; porque, por ejemplo el que una persona cualquiera que recibe el jornal de la semana, por una causa accidental se gaste el dinero y se quede la familia desamparada, sin determinar que dicho acto sea voluntario y que sea de una manera reiterada, yo opino que no debe constituir motivo de divorcio. La legislación de Cuba, haciéndose cargo de esto, determina que el solo acto aislado no puede ser constitutivo de causa de divorcio y que para ello ha de tratarse de un acto reiterado. Por esta razón, este Diputado propone que se sustituya el dictamen de la Comisión, diciendo "falta de cumplimiento voluntario y reiterado en el sostenimiento del hogar" (Intervención del Sr. Villanueva en defensa del voto particular por él suscrito: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3697).

Para oponerse en nombre de la Comisión al voto particular suscrito por los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) interviene en su discusión el Sr. Moreno Mateo que, tras señalar que en esta causa de divorcio o separación hay una falta que no tiene la concreción a que se refiere la causa 5ª relativa al abandono en que hay una referencia a los deberes del cónyuge, mientras el desamparo se refiere, de una manera genérica, al cumplimiento de la obligación con relación a la familia, a los hijos, es decir, a la falta de asistencia, a la falta de protección, a la falta de medios económicos con que la familia pueda contar, estima que la palabra "desamparo", por su significado, es lo suficientemente amplia y lo bastante comprensiva para suponer lógicamente que la falta de asistencia, protección y apoyo ha de ser algo persistente, algo de duración suficiente para que pueda representar tal desamparo:

"... La Comisión siente mucho no poder aceptar el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez.

La razón aducida por el Sr. Villanueva es que la falta de cumplimiento de esta obligación ha de ser algo reiterado y persistente; y he de llamar la atención sobre el hecho de que el número 4º del dictamen ya habla del desamparo de la familia sin justificación. Parece que la palabra "desamparo", por su significado, es desde luego lo suficientemente amplia y lo bastante comprensiva para que, dentro de ella, se pueda considerar que están incluidas las circunstancias que echaba de menos el Sr. Villanueva. Porque la palabra "desamparo" significa falta de asistencia, falta de protección, falta de apoyo, y es lógico que esta falta de apoyo o de protección sea algo persistente, algo que tenga la suficiente duración para que pueda representar tamaño desamparo.

Por consiguiente, y haciendo honor a la brevedad con que el Sr. Villanueva ha defendido su voto particular, nosotros decimos que la circunstancia a que se ha referido el abandono del cónyuge, en cuando ella tiene relación con el aspecto moral, puede estar incluida en la parte de falta de asamparo. En lo relativo al abandono, hay una referencia a los deberes del cónyuge, mientras que en la circunstancia de que nos estamos ocupando hay una falta que no tiene esa concreción de la circunstancia 5ª, sino que se refiere, de una manera genérica, al incumplimiento de la obligación con relación a la familia, a los hijos, es decir, a la falta de asistencia, a la falta de protección, a la falta de medios económicos con que la familia puede contar. Por ello la Comisión, inspirada en esta significación, cree que tal como se enuncia la circunstancia 4ª, tiene un carácter más sintético, bastante más concreto que la redacción que el Sr. Villanueva propone en su voto particular y, en su consecuencia, y sintiéndolo mucho, repito, no puede aceptarle" (Intervención del Sr. Moreno Mateo, de la Comisión, para oponerse en nombre de ésta al voto particular defendido por el Sr. Villanueva: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3697).

Consultada la Cámara, no se tona en consideración el voto particular suscrito por los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio): Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3697.

Es de destacar aquí cómo el voto particular suscrito por los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), al referir el desamparo de la familia exclusivamente a la parte económica, alude sólo al supuesto de "la falta de cumplimiento voluntaria y reiterada del marido en el sostenimiento del hogar", excluyendo así la posibilidad de que el marido pudiera alegar esta causa en contra de la mujer.

Una enmienda de la Srta. Campoamor a la causa 4ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía quedara la misma redactada de la siguiente forma:

"4ª: El desamparo de la familia sin justificación y la falta de cumplimiento voluntario y reiterado de los deberes económicos y de asistencia del hogar" (cfr. Diario de Sesiones; Apéndice 6º al HUN. III):

Leída de nuevo en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, al no aceptarse por la Comisión, la Srta. Campoamor, al haber sido de igual modo rechazado un voto particular que, en cierto modo, tenía el mismo espíritu que la enmienda suscrita por la misma, la retira por no fatigar a la Cámara con una repetición de argumentación (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3700).

(375) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1254-: Los herederos del marido, a los efectos de los artículos 6 y 29 de la Ley de Divorcio, interponen recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia por no haberse estimado en contra de la esposa demandante la causa 4ª del artículo 3º de la citada Ley que el marido había alegado en su demanda reconvenzional, siendo estimado a los citados efectos su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que en el caso actual declara la Sala sentenciadora como hechos ciertos, a virtud del examen conjunto de la resultancia de la prueba aportada por los litigantes, y por cuanto debe hacer referencia a la causa cuarta del citado artículo de la ley especial, los dos siguientes: a) Que en el seno del matrimonio habían surgido desavenencias en orden al futuro destino de los bienes del marido. b) Que con ocasión de uno de los episodios de esas disensiones y después de marcharse a la calle el marido, abandonó la mujer el domicilio conyugal el día 10 de Octubre de 1932. c) Que por no haber vuelto la esposa a dicho domicilio, se fue el marido a vivir con unos parientes, treinta horas después de aquel suceso.

... Que revisadas las pruebas, en méritos de la invocación que el recurso hace del caso tercero del artículo 57 de la ley citada, se observa que, no obstante lo contradictorios que en algunos puntos se ofrecen los resultados de la prueba testifical, no puede caber duda en cuanto a la realidad y certeza de las siguientes circunstancias, que es preciso agregar a los hechos que la Sala sentenciadora da por probado, para la debida aclaración y complemento de los mismos:

a) Que el marido, don F.S., sufría una grave dolencia que conforme se desprende del conjunto de la prueba y especialmente del testimonio del doctor A., le obligaba a guardar cama y sufrir curaciones locales constantes, que hacían necesaria la asistencia y vigilancia de un familiar; y

b) Que a consecuencia de la huida de la esposa doña M.R., quedó el señor S. solo y abandonado los días 10 y 11 de Octubre, "falto de la más elemental asistencia", como declara el practicante don A.C. (testigo presentado precisamente por la parte hoy recurrida) en su contestación a la pregunta cuarta, que obra al folio setenta y cinco vuelto de los autos.

...Que dados tales hechos es manifiestamente equivocada la tesis jurídica que desarrolla la Sala de instancia, al denegar la aplicación de la invocada causa 4ª del artículo 3º, fundándose en que dicha causa se refiere "al desamparo de la familia, sea cualquiera el número de los que la constituyan, en el aspecto económico, y en ese sentido, careciendo la mujer de bienes y contando con ellos el marido, nunca podía quedar éste desamparado por falta de recursos para subvenir a sus necesidades y proporcionarse los auxilios y asistencias que precisaba el proceso patológico que padecía", pues, es indudable, como ya lo ha declarado esta Sala en varias y recientes ocasiones, que la obligación del mutuo amparo entre los cónyuges comprende, no sólo la dación de auxilios pecuniarios, cuando



éstos hacen falta, sino además la prestación de toda clase de asistencias materiales y morales, las cuales, si siempre son obligadas, han de serlo más todavía cuando se trata de un enfermo grave necesitado de los consuelos y de las atenciones solícitas que tenía derecho a esperar de su esposa, y que no pueden ser cumplidos por los auxilios, generosos o mercenarios de las personas extrañas al matrimonio.

... Que demostrada por lo expuesto, la injusticia notoria en que ha incidido el fallo de instancia al no aplicar a los hechos acreditados en el pleito la norma legal del número 4º, artículo 3º, de la Ley de Divorcio, procede dar lugar al recurso ejercitado por los herederos de don F.S., por el motivo referido, y anulado, en su consecuencia, el fallo dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, decretar el divorcio que por reconvencción instó don F.S. y han continuado sus herederos a los efectos de los artículos 6º y 2º de la ley, con declaración de la culpabilidad de la esposa doña M.R."

En este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal supremo de 6 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 323-: El marido demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia al denegar el divorcio solicitado, desestimando la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada como fundamento de su demanda, siendo estimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que el examen de las pruebas practicadas en el juicio y especialmente de la testifical, integrada por la coincidente y unánime declaración de 4 testigos sin tacha legal, acredita cumplidamente los siguientes hechos: 1º. Que a los 3 años de casado el actor con la demandada, observó en ésta cierto desvío e indiferencia, que tenía su origen en la conducta equívoca que la esposa observaba con alguna de sus amistades; 2º. Que sin causa justificada abandonó la mujer su legítimo esposo, habiéndose sabido posteriormente que se había fugado con determinado sujeto; 3º. Que han transcurrido más de 40 años desde que ocurrió el hecho anterior, sin que la esposa haya vuelto al domicilio conyugal, ni siquiera escrito al marido en justificación de su conducta; 4º. Que el marido realizó toda clase de indagaciones oficiosas para saber el paradero de la esposa hasta que todas las informaciones confirmaron la fuga de ésta con otro; 5º. Que el actor ni siquiera ha procurado con sus actos impedir la reconciliación con su mujer y ha seguido viviendo en el mismo domicilio conyugal donde tienen radicada su pequeña industria, manteniendo las mismas relaciones y amistades que tenía durante el tiempo que vivieron juntos los esposos.

... Que ante este resultado de la prueba practicada, incide en manifiesto error de "jure" y de "facto" la Audiencia de Barcelona al denegar la aplicación de la invocada causa 4ª del artículo 3º, pretextando que dicha causal se refiere al desamparo de la familia en punto a las relaciones económicas que dentro de la misma se dan como necesarias y no se ha acreditado en autos que por la demanda se haya cometido el desamparo así entendido, pues es indudable, como ya lo ha declarado, esta Sala repetidas decisiones, entre ellas las de 4 de Enero, 7 y 12 de Junio de 1935, que la obligación del mutuo amparo entre los cónyuges comprende no sólo la dación de auxilios pecuniarios cuando éstos hacen falta, sino además la prestación de todas aquellas asistencias materiales y morales que impone la disciplina del derecho familiar y, supuesta esta recta interpretación del texto legal, se ha de tener por avergada, en el caso presente, la existencia del hecho del desamparo no impugnado ni justificado por la parte demandada que está en situación de rebeldía procesal".

(376) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 1250-, 12 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1254-, 2 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1851-, 18 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2336- y 17 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 83-.

(377) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1689-: Coincidentes la esposa demandante y el marido demandado en imputarse el recíproco desamparo sin justificación a que se refiere la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio que, respectivamente, alegaron en su demanda y reconvencción ambos litigantes, y apreciada para cada cual de los cónyuges respecto del otro en la sentencia dictada por el

Tribunal de instancia que decretó el divorcio por mutuo desamparo de los cónyuges, se interpuso por la esposa recurso de revisión contra aquella, fundándolo en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, alegando que era notoriamente injusta la sentencia en cuanto a ella la atribuía el desamparo injustificado de su esposo, siendo su recurso por el Tribunal Supremo que establece la doctrina sentada en este apartado:

"... Que el Tribunal "a quo" sobre la base de estimar probada la realidad del mutuo alejamiento de doña Rosario y don Emiliano que ambos cónyuges alegaron y de que coinciden también en interesar el divorcio en esa demanda y reconversión fundándose en la causa 4ª del artículo 3º de la ley, juzga que la calificación jurídica de aquel hecho que se exteriorizó después de nueve meses de convivencia conyugal con el traslado de la esposa a la casa de sus padres y el depósito de los muebles del hogar común en un almacén por parte del marido con la anuencia de su cónyuge, no puede ser otra que la obtenida en la causa 4ª de la ley de 2 de Marzo de 1937, o sea, el desamparo de la familia sin justificación realizado al mismo tiempo por cada cónyuge respecto del otro; y como según se demostró en el precedente fundamento no es posible la coexistencia de este doble y recíproco desamparo entre marido y mujer, porque de ellos necesitó en la ocasión determinada de que se trate la asistencia material y moral que el otro consorte está obligado a prestar es el que pueda hallarse desamparado, indudable es la infracción legal que acusa la sentencia recurrida al aplicarse en ella indebidamente la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio a la situación de hecho apreciada por la Audiencia de Madrid consistente en ese mutuo alejamiento de los esposos doña Rosario y don Emiliano por ambos de consuno llevado a cabo y la procedencia, por tanto, de estimar el recurso de revisión entablado por doña Rosario en cuanto tal infracción la afecta en el fallo de la sentencia recurrida; y como revisada la prueba que se practicó en los autos su racional apreciación no demuestra que doña Rosario haya hecho objeto de su marido durante la convivencia de ambos del supuesto desamparo injustificado que este señor le atribuye procede desestimar su solicitud de divorcio que por reconversión formuló contra ella por dicha causa".

(378) "... Que la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, de gran analogía con la 5ª, tienen como diferencia característica que, mientras que la de abandono culpable del cónyuge, exige el lapso de tiempo de un año para que pueda estimarse su existencia, la de desamparo de la familia sin justificación, basta con que se demuestre su realidad para que se deba apreciar sin tener necesidad de que alcance determinado plazo de duración, y esto sentado se hace preciso reconocer que si por haberse inhibido el señor V. en el cumplimiento de la primordial obligación que como marido y padre le correspondía, de atender a las necesidades materiales de mantener a su esposa e hija, tuvieron que acudir solícitos los padres de aquélla a impulso del natural cariño a sustituir en el cumplimiento de tal deber al demandado ante la situación de desamparo en que dichas esposas e hijas quedaran, por un acto sólo a aquél imputable, debió estimarse la existencia y realidad de tal desamparo, ya que esta declaración ha de ser producida por un examen de carácter subjetivo en relación con los actos que aquél llevó a cabo, y de ningún modo por los resultados que objetivamente se produjeran como consecuencia de la intervención de otros factores distintos y ajenos en absoluto a su voluntad; y en tal sentido no se puede negar la existencia de elementos de juicio bastantes a acreditar esa situación y menos aún, que esta declaración tenga que supeditarse a la demostración cuantitativa de la cantidad con que los padres de la demandante acudieron en auxilio de ésta, si resulta demostrado que ante ese desamparo absoluto y total, aquéllos contribuyeron con cuanto fue preciso para sufragar las necesidades de su hija y nieta en tan angustiosa situación; lo que se impone reconocer de modo indudable que el desamparo tuvo lugar, restando ahora determinar si fue con o sin justificación, para en su consecuencia llegar a deducir si se debe apreciar o no la causa de separación de que se trata. Que reconocido como hecho cierto por el demandado la imputación de desamparo a la familia que su esposa le atribuye por falta de ayuda económica para atender con ella a las mas imperiosas necesidades de la vida familiar, tales como el sustento de aquélla y de la hija, pretende el marido justificar su conducta de incumplimiento de ese ineludible deber, con que a consecuencia de haber quedado cesante del cargo que desempeñaba en el Banco, no tuvo por falta de medios de fortuna, posibilidad de cumplir con la obligación que en ese respecto le incumbía como marido y como padre; pero de la prueba practicada en los autos aparece

que si en efecto fue decretada su cesantía y dejó de prestar servicios al Banco de referencia de 30 de Junio de 1931 por causa de negligencia en el desempeño de su cargo, en 27 de ese mismo mes recibió un préstamo de 30.000 pesetas con garantía hipotecaria de bienes de su propiedad; y planteada la demanda de este pleito el 18 de Abril de 1932, no cabe excusar el desamparo de la familia por falta de prestación de medios económicos con los cuales poder subvenir a las necesidades de la vida, fundándose para justificarlo en dicha cesantía, cuando se evidencia por la escritura pública de préstamo que obra en autos, que el marido disponía de aquella cantidad no aplicada en todo ni en parte a estas obligaciones de carácter familiar, mientras que se ha acreditado que por la vida y relaciones que han determinado la apreciación de la otra causa de separación de que se tratará después, que el dinero que no tuvo aplicación para atender al levantamiento de las cargas del matrimonio, sirvió para sufragar otros gastos que el demandado hacía en su vida de trato constante con la mujer que se apreció por el Tribunal sentenciador que se han cometido los actos de adulterio; y con todos estos elementos de juicio es indudable que tan procedente como la estimación de que hubo desamparo de la familia por parte del demandado es la de que aquel no tuvo posible justificación; y en su consecuencia al no apreciarlo así el Tribunal cometió la injusticia notoria que debe estimarse como causa de revisión en el presente caso": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1616-; "... Que por lo que se refiere a la causa 4ª relativa al desamparo de la familia sin justificación, tiene declarado con reiteración este Supremo Tribunal que dicha causa debe apreciarse, cuando el cónyuge a quien se le atribuye, olvidando las obligaciones que la ley le impone en orden al sustento y protección debidos al otro cónyuge y a los hijos del matrimonio, se desentiende de un cumplimiento; sin que pueda en modo alguno servir de exculpación a tal conducta, para deducir la existencia de la expresada causa de divorcio, que las consecuencias materiales del desamparo no hayan llegado de hecho a producirse, habida cuenta a que otros familiares, sustituyendo en sus obligaciones al cónyuge que se apartó de cumplirlas, se hicieron cargo de las personas que se encontraban en aquella aflictiva situación para prestarles la ayuda que necesitaban; porque lo que constituye el acto que la Ley castiga es la volitiva determinación del cónyuge para cesar en la obligada protección material y de todo orden que debe a las personas que constituyen su hogar familiar, con independencia absoluta de las repercusiones que aquella conducta origine sobre todo si no se llega al estrago natural de que ella se podía esperar, por circunstancias completamente ajenas e independientes de la voluntad del cónyuge que provocó esta angustiosa situación para sus familiares; y haciendo aplicación de la doctrina que tiene establecida esta Sala al caso concreto que plantea el recurso, hay que reconocer que por propia confesión del demandante absolviendo posiciones, se evidencia que no atendió económicamente a las necesidades de su esposa, desde que dejó viviendo a ésta en casa de su madre, para emprender él un viaje de negocios, en cuya situación transcurrieron más de dos años que aquel hecho se produjo; y ello basta para declarar procedente que sea estimada la causa de divorcio de desamparo de la familia, sin justificación, con la consiguiente imputación de culpa que tal causa lleva aneja contra quien incurre en ella": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1138-; "... Que la alegación del recurrente de que recogió a su hijo para prestarle los debidos auxilios, no sirve para enervar la apreciación que la sentencia hace de la causa de desamparo en cuando a la esposa, de cuya obligación de amparar y prestarla los necesarios elementos de vida no podía eximirle el que sustituyéndose en aquella obligación lo fueran prestados por sus padres": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1842-; "... Que al estimar la Audiencia la existencia de la causa 4ª del artículo 3º como imputable al marido demandado, no cometió la injusticia notoria que se denuncia en el motivo segundo del recurso, pues, aparte de que tiene ya declarado este Tribunal Supremo que dicha causal, a diferencia de la 5ª del propio artículo, no exige lapso de tiempo alguno, es de tener muy en cuenta que la prueba practicada en los presentes autos patentiza, mas bien que un hecho episódico, una conducta continuada y persistente, ya que la pregunta octava del correspondiente interrogatorio, averada por numerosos testigos, acredita que desde 1º de Octubre de 1933 el demandado dejó de entregar cantidad alguna para la compra de la plaza, o sea para el sostenimiento de su esposa y familia, entregando o haciendo entregar sólo dos o tres pesetas cada día a la sirvienta para que ésta

se comprara comida; sin que, por otra parte, pueda justificar esta culposa inhibición de sus deberes de hipotética circunstancia, que el recurrente invoca, de que fuera de suponer que uno de los familiares que convivían en el domicilio conyugal dedicara sus actividades a algún trabajo productivo": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1008-.

Cfr. igualmente en NOTIA 397 de la tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 805-.

(379) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 471-.

(380) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 599-.

(381) "... Que interpuesto por la actora en estos autos de divorcio el recurso de revisión por injusticia notoria, causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, por estimar que la Sala sentenciadora apreció, con manifiesto error, la prueba aportada al juicio, justificativa, según la recurrente, de la acción fundada en las causas 4ª, 7ª y 8ª del artículo 3º de la citada ley; y examinada la aludida prueba con el amplio criterio que la naturaleza de este recurso autoriza, aparece manifiesta la improcedencia de las causas 7ª y 8ª alegadas, cual aprecia la sentencia recurrida en la que además aparece debidamente razonada la repulsa de la causa 4ª, también aducida, porque aun resultando probado en incumplimiento por el demandado de la obligación de abono de pensión a la actora, nacida aquélla por mandato judicial al constituirse el depósito de ésta, tal impago no puede ser calificado como injustificado desamparo de la familia, pues no habiendo la actora realizado gestión legal ante el Juez competente para el apremio al obligado, no puede esta actitud pasiva de la demandante convertirlo en una causa de desamparo en que fundar el solicitado divorcio, máxime cuando no puede ser causa legal para una declaración de este género ningún hecho posterior al de la iniciación de diligencias que como las de depósito aludidas eran preliminares de la demanda": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1658-; "... Que la invocada en la reconvencción por la esposa, fue la de desamparo a que se refiere el número cuarto del artículo 3º de la susodicha ley, y sobre la pertinencia o impertinencia de su estimación hay que tener presente que desde el momento en que el matrimonio se separó a virtud de un depósito judicial en el que se decretó que el marido satisficiera a la mujer una determinada pensión alimenticia, el incumplimiento por parte del marido de esta obligación sale fuera de la órbita de aquella causa, relativa a la protección y amparo que el padre y el esposo debe a la familia normalmente constituida, para pasar a la esfera civil, dentro de cuyo procedimiento se hallan establecidas las normas conducentes a la efectividad de los derechos que en este aspecto pudieran corresponder a la esposa para hacer cumplir a su marido el mandato judicial; por lo que no se puede apreciar que el fallo no aceptó la existencia de esta causa, incurriera en injusticia notoria motivadora de revisión como en el recurso se pretende": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 243-; "... Que tampoco existe injusticia notoria al no estimar el Tribunal de instancia la causa 4ª del aludido artículo 3º, alegación segunda del recurso, porque de los propios autos aparece con toda claridad que la inhibición de las obligaciones del marido respecto a su esposa e hijos, no fue debida a su libre voluntad, y sí a que su conducta fue motivada, porque al ser depositada judicialmente su mujer en 7 de agosto de 1929, situación que continúa en el día, convino la última que los hijos del matrimonio, de más de tres años, quedaran en su poder, renunciando además a los alimentos por la situación precaria del marido, falta de recursos que es forzoso estimar que continúa por carencia de prueba en contrario, y además porque los alimentos de los hijos no aparece hayan sido reclamados en ningún momento, sin que en contra quepa alegar las decisiones del Tribunal Tutelar de Menores por referirse a la fecha en que el depósito se acordó": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1440-; "... Que al desestimar el Tribunal de instancia la causa 4ª del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, alegada en la demanda, se atuvo no sólo a la resultancia de la prueba que apreció rectamente, sino que interpretó, conforme a la reiterada Jurisprudencia de esta Sala, los preceptos legales, ya que no yerra

la Audiencia, en contra de lo sostenido por el recurso, al afirmar que la parte actora observó una conducta pasiva en cuanto al aprecio del obligado para hacer efectiva la cantidad fijada para alimentos, toda vez que si bien consta que solicitó la retención de haberes de su marido y en su defecto el embargo de bienes, no consta su resultado así como tampoco que gestionase la efectividad de la decretada para lo que las leyes conceden medios adecuados": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 38-

En sentido aparentemente contradictorio, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1933-1933, Aranzadi, 779-: Ante el incumplimiento por el marido de la obligación de abono de la pensión alimenticia de la esposa e hija, nacida aquella por mandato judicial al constituirse el depósito de la mujer, el Tribunal Supremo desestima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandado contra el fallo dictado por el Tribunal a instancia que había decretado el divorcio de los cónyuges por la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada por la esposa en su demanda:

"... Que por resultar acreditado en autos que la parte actora, no atendida convenientemente en su estado de puerperio, se trasladó, acompañada de su marido, y en uno de los días inmediatos siguientes a su alumbramiento, a la casa de sus padres, juntamente con la niña que había dado a luz, sin que su marido volviera a ver a su esposa ni a la hija del matrimonio, como tampoco facilitó recurso alguno para su manutención, vestido y demás necesidades comprendidas en el concepto legal de alimentos, cuyo suministro no ha realizado en momento alguno, no obstante haberse ordenado judicialmente en diligencias de depósito, es palmario que la Sala sentenciadora aplicó rectamente la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de divorcio, estimando que el marido ha desamparado a su esposa e hija sin justificación, puesto que disponía de medios para subvenir a la satisfacción de necesidades a que estaba obligada":

La comprensión de la doctrina expuesta en esta sentencia hay que mirarla, en mi opinión, más que desde el punto de vista de incumplimiento por el marido de la obligación de alimentos impuesta al mismo por mandato judicial al constituirse el depósito de la esposa, desde el punto de vista de incumplimiento por el marido de la obligación de asistir material y moralmente a su esposa e hija tras el parto de aquélla, lo que constituye, conforme a la interpretación que se ha dado de esta causa de divorcio o separación, el desamparo de la familia sin justificación previsto en el número cuarto del artículo 3º de la Ley de Divorcio.

(382) Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NÚM. 110.

(383) Intervención del Sr. Arranz en defensa de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3698.

(384) Intervención en la discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Arranz Mateo, de la Comisión, para oponerse en nombre de ésta a la misma: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3698.

(385) Intervención del Sr. Arranz en turno de rectificación en la discusión de la enmienda por él suscrita: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3698.

(386) Intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en la discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Arranz: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3698.

(387) Intervención del Sr. Moreno Mateo en la discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Arranz en contestación al discurso del Sr. Ossorio y Gallardo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3698-3699.

(388) Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3699-3700.

(389) No tiene ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse de un modo directo sobre el tema, aun cuando genéricamente alude, en ocasiones, a las personas que integran el núcleo familiar en los siguientes términos: "... especialmente el otro consorte y los hijos comunes" (Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1933-1933, Aranzadi, 805-, 4 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 772-, 12 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1254-, 2 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1851- y 16 de Diciembre de 1935 -Repertorio

de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2336-); o, refiriéndose a los efectos de esta causa: "... al otro cónyuge y a los hijos del matrimonio" (Cfr. de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1138).

No obstante, lo que sí se puede afirmar es que la aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación siempre se relacionó con un supuesto de desamparo del cónyuge a quien se le imputaba por el cónyuge que la alegaba o a los hijos.

(390) Suarez de Figueroa, Fernando: Comentarios al divorcio votado en Cortes, en "Revista de los Tribunales y de Legislación Universal", tomo LXVI, pág. 211, Centro Editorial de Góngora-1932.

7.5.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite (391).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (392), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvencción como causa del divorcio o separación por ella interesado la cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, determinando y concretando los hechos que integran el desamparo del cónyuge a quien se imputa la no prestación de aquellas rigurosas

asistencias morales y económicas que impone la disciplina del derecho familiar, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular en el pleito ninguna prueba dirigida a demostrar un supuesto desamparo cuya determinación y concreción no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda y reconvencción (393).

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción constitutivos del desamparo familiar:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción constitutivos del desamparo familiar.

Siendo dos los elementos integrantes de esta causa de divorcio o separación, uno de carácter positivo, consistente en el hecho mismo del desamparo familiar, que se concreta en actos y omisiones del cónyuge a quien se imputa la no prestación de aquellas rigurosas asistencias morales y económicas que impone la disciplina del derecho familiar, y otro, de índole acusadamente subjetiva, referido a la falta de justificación de tal conducta por parte del obligado (394), la aplicación contenciosa de la misma distribuye la carga de la prueba, imponiendo al cónyuge que la alega la demostración de los hechos constitutivos del desamparo familiar, y al cónyuge contra el que se invoca la justificación de los motivos determinantes de la infracción de los aludidos deberes de asistencia familiar (395), es decir, que en el juego procesal de ambos factores, corresponde patentizar al cónyuge que la alega la cesación efectiva de esos auxilios económicos y morales inexcusablemente originados por el vínculo matrimonial en todas sus proyecciones sociales por ser



éste el contenido estricto de dicha acción de estado, y al cónyuge que se le imputa compete impugnarla, si le conviniera, con la invocación y positiva probanza de razones suficientes a justificar el incumplimiento de los deberes de protección que en todo caso le incumben, bien entendido que, comprobado el primer extremo sin oposición del cónyuge inculcado o por deficiente descargo de éste, ha de estimarse la vigencia de esta causa como bastante para decretar el divorcio o la separación en su caso, por sobreentenderse implícita la falta de justificación en la realidad del desamparo (396), siendo, pues, inadmisibles la tesis jurídica, desarrollada en algunas sentencias dictadas por los Tribunales de instancia, que deniega la aplicación de esta causa, a pesar de haberse justificado por quien la alega el extremo que le incumbe demostrar en el pleito, al atribuir, por defectuosa interpretación jurídica de la norma, el "onus probandi" de la falta de justificación de los auxilios familiares a la parte que basa en la misma su solicitud de divorcio o separación, pues, según la constante doctrina del Tribunal Supremo imponiéndose al cónyuge que la alega la demostración de la realidad objetiva del desamparo, comprobado este extremo sin oposición del cónyuge inculcado o por deficiente descargo de éste, ha de estimarse la procedencia de esta causa en tanto que el inculcado no acredite que obró, como lo hizo, por un motivo que justifique su modo de proceder, por sobreentenderse implícita la falta de justificación en la realidad del desamparo (397).

La apreciación de esta causa de divorcio o separación por los Tribunales implica, pues, la necesidad de demostrar cumplidamente por quien la alega la existencia y realidad objetiva del desamparo, por cuanto que corresponde patentizar a quien funda su acción en la misma la cesación efectiva de esos auxilios económicos y morales inexcusablemente originados por el vínculo matrimonial, bastando, para que proceda su existencia, con que quede demostrado este extremo sin que por el inculcado se haya impugnado con la invocación y positiva probanza de razones suficientes a justificar el incumplimiento de los deberes de protección que en todo caso le incumben (398), procediendo su desesti-

mación cuando la prueba aportada a los autos por quien funda su acción en esta causa de divorcio o separación no sea lo suficientemente expresiva para llevar al convencimiento del juzgador la certeza de la existencia y realidad objetiva del desamparo por corresponder a aquél patentizar la cesación efectiva de esos auxilios económicos y morales inexcusablemente originados por el vínculo matrimonial (399), pudiendo, en todo caso, el cónyuge a quien se imputa el desamparo de la familia desvirtuar esta causa mediante la invocación y positiva probanza de motivos suficientes a justificar la omisión por el mismo de los deberes de protección que en todo caso le incumben, siendo razones suficientes a desvirtuar su eficacia legal cuando la no prestación por parte del esposo de aquellas rigurosas asistencias morales y económicas que impone la disciplina del derecho familiar tiene lugar a consecuencia del alejamiento voluntario de la esposa del domicilio conyugal (400), o cuando ésta, infringiendo su deber de casada y el indiscutible derecho del marido para señalar el domicilio del matrimonio con la obligación de seguirle en la mujer, se niega, requerida para ello, a seguir al marido y trasladarse a vivir con él a la casa que hubiera elegido (401), y, asimismo, cuando la salida del marido o de la mujer del domicilio conyugal obedezca, no a su propio impulso y decidida voluntad sino a consecuencia de equívocas particularidades relacionadas con la actitud del otro cónyuge que excusa aquel apartamiento por razones explicables en humano proceder excluyentes de culpa (402).

---

(391) Cfr. criterio interpretativo de las causas de divorcio y separación, en NOTA 310 de la tesis.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 630-: El marido interesa en la súplica de la demanda el divorcio de su esposa por concurrir en contra de la misma la causa de adulterio, y "en su defecto", por las causas 4ª y 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio; decretado el divorcio de los cónyuges por concurrir en contra de la esposa la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, el marido interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia por no haber entrado en el examen de si estaba o no demostrada la existencia de la causa 4ª, a pesar de haber solicitado en el acto de la vista que las causas 1ª y 4ª se estimaron no ya la una en defecto de la otra, sino ambas conjuntamente, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo:

"... Que el presente recurso se fundamenta en que no ha sido aceptada en la sentencia recurrida la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, porque el Tribunal "a quo" no se creyó en el caso de entrar en el examen de si estaba o no demostrada la existencia

de dicha causa, en razón a que la súplica de la demanda interesa a que si haber lugar al divorcio por concurrir en contra de la esposa la causa 1ª del artículo y ley antes citados, y "en su defecto por las de los números 4ª y 8ª; y siendo así, según se reconoce paladinamente por el propio recurrente en el escrito de interposición y formalización del recurso, es indudable que el Tribunal sentenciador, obro acertadamente, prescindiendo de ocuparse del examen de las dos causas alegadas en defecto de la invocada en primer lugar, porque esa invocación "en defecto de aquella", es decir, subsidiariamente para el solo caso de que la primera se desestimara, excusaba de hacer un estudio completamente ocioso sobre las causas propuestas en ese carácter subsidiario desde el momento en que la primera era aceptada.

Que respecto a la explicación que el recurrente da para apoyar su protección de que si bien es cierto que en la súplica del escrito de demanda se formuló el pedimento del modo subsidiario que queda ya indicado, se alertó esta forma de pedir en el acto de la vista para solicitar que las causas 1ª y 4ª se estimaran no ya la una en defecto de la otra, sino ambas conjuntamente, esta manifestación no tiene constancia de ningún género en autos como sería indispensable para que pudiera ser tomada en consideración a los fines que el recurso interesa, y en su consecuencia, han de quedar subsistentes en toda su integridad las razones que se exponen en el Considerando anterior demostrativas de la improcedencia del recurso".

(392) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(393) "... Que no puede alegarse con éxito la injusticia notoria de una sentencia que absuelve al marido de una demanda de divorcio que su mujer le formuló, cuando fundada ésta en las causas 4ª y 7ª de la Ley de Divorcio se comprueba el examen de los autos que en cuanto al desamparo a que la causa 4ª se refiere no se precisan en la demanda ni menos aún en el interrogatorio a los testigos los hechos que integraron aquel abandono del marido, que únicamente en términos genéricos se alegan, por lo que no es posible que conste su existencia con prueba suficiente...": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia del 1934, Aranzadi, 1457; "... Que habiéndose fundado el fallo recurrido, para negar el divorcio solicitado por la actora a virtud de las causas 4ª, 5ª y 7ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, en la doble circunstancia de no haber sido demostrada la existencia de esas causas por la prueba de testigos, única que se practicó, y no estar tampoco bien determinados y concretos en la demanda los hechos en que aquéllas habían de apoyarse, carecen de fuerza y eficacia, al objeto de potenciar la injusticia notoria que pudiera abrir paso a la revisión, las alegaciones del presente recurso, reducidas a poner de relieve que..., de la misma sentencia recurrida y diligencias del juicio aparece el desamparo en que el demandado dejó a la familia al desaparecer, hace más de quince años, sin que se haya sabido su paradero, pues es obvio..., que puesto que el desamparo consiste, según esta Sala tiene declarado, en la no prestación de las obligaciones o deberes que, atendida la situación del momento de quienes necesitan el amparo, hubiera que cumplir o satisfacer, hay en el concepto de esta específica causa de divorcio una porción de elementos constitutivos que requieren ser alegados y pueden y deben ser objeto de prueba positiva ya que de otro modo quedaría aquélla desprovista de contenido propio y confundida con otras causas de ruptura de la unión conyugal, que el legislador ha tenido buen cuidado de diferenciar": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 502-.

(394) Cfr. las NOTAS 371, 372 y 373 de la tesis.

(395) Cfr. las sentencias del Tribunal supremo de 23 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 805- y 4 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 772-.

(396) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 194-, 21 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 88- y 18 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1378-.

(397) "... Que la causa cuarta del artículo 3º de la Ley del Divorcio, definida legalmente como "desamparo de la familia sin justificación", es causa de disolución del vínculo matrimonial que requiere la concurrencia de dos esenciales requisitos: el primero, de carácter positivo, y consistente en el hecho mismo del desamparo familiar, el cual se concreta en actos y omisiones del cónyuge a quien se imputa la no prestación de aquellas rigurosas asistencias morales y

económicas que integran la disciplina del derecho familiar, especialmente en relación con el consorte y los hijos comunes; y el segundo, la falta de justificación a semejante proceder; deducciones de todo ello que la aplicación contenciosa de esta causa de divorcio distribuye la carga de la prueba, imponiendo al cónyuge demandante la demostración de los hechos constitutivos del desamparo familiar, y al cónyuge demandado la alegación demostrada de los motivos justificantes de la infracción de aquellos deberes de asistencia. Que la demandante, en el pleito, del desamparo en que, tanto a ella como a su hija, las tiene su marido y padre, respectivamente, desde hace más de doce años, en que éste se marchó del domicilio conyugal para instalarse en otro pueblo, sin que desde entonces haya vuelto a convivir con aquéllas ni les haya prestado auxilio de ningún género, mientras que el demandado no ha hecho la menor justificación en descargo de este modo de proceder, según se reconoce y afirma en el segundo Considerando de la Sentencia recurrida, y al fundamentar, precisamente, en esa falta de justificación del Tribunal "a quo" la denegación de la causa cuarta alegada como motivo de divorcio, ha incurrido en grave error de interpretación sobre el verdadero sentido y alcance en el orden legal de la citada causa, que constituye notoria injusticia, que debe ser apreciada como motivo de revisión, de acuerdo con lo que la parte recurrente tiene solicitado. Que indudablemente ha inducido a error al Tribunal sentenciador, el juicio que exterioriza en el segundo Considerando de la sentencia, al aplicar el mismo método al argumentar sobre la aplicación de las causas cuarta y quinta del artículo 3º de la Ley citada, por estimar que ambas contienen conceptos semejantes, siendo así que cada una de ellas tiene perfecta diferencia con la otra: pues mientras que en la de abandono culpable durante un año, a que alude la causa quinta, es preciso que el cónyuge que la alega demuestre la culpa motivadora del abandono, en la de desamparo de la familia sin justificación, causa cuarta, no sucede lo mismo, sino que, como anteriormente se ha dicho, en tanto que el demandado no acredite que obró, como lo hizo, por un motivo que justifique su modo de proceder, debe ser estimada la procedencia de esta causa, sin que pueda enervar la realidad del desamparo, el que otra persona distinta del marido haya prestado en su ayuda a la mujer e hija que quedaron en tal situación, porque la objetividad de la causa de que se trata exige que sea apreciada teniendo en cuenta los actos nacidos de aquel cónyuge, pero de ningún modo pueden servir de fundamento para deducir consecuencias en su favor, lo que otras personas hayan podido realizar, acudiendo en ayuda de las que fueron víctimas del desamparo"; Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 805-; "... Que los elementos integrantes de la causa cuarta son dos: uno de carácter objetivo, determinado por la inhibición del cónyuge a quien se imputa el desamparo de la necesidad material y moral de asistencia debida a las obligaciones del matrimonio y de la familia constituida; y otro, de índole acusadamente subjetiva, referido a la falta de justificación de tal conducta por parte del obligado. Que en el juego procesal de ambos factores, corresponde patentizar al demandante la cesación efectiva de esos auxilios económicos y morales inexcusablemente originados por el vínculo matrimonial en todas sus proyecciones sociales por ser éste el contenido estricto de dicha acción de estado; y al demandado compete impugnarla, si le conviniera, ora a título de excepción, con la invocación y positiva probanza de razones suficientes a justificar el incumplimiento de los deberes de protección que en todo caso le incumben; bien cierto que, comprobado el primer extremo sin oposición del cónyuge culpable o por deficiente descargo de éste, ha de estimarse la vigencia de la causa alegada como bastante para obtener el divorcio, por sobreentender implícita la falta de justificación en la drástica realidad del desamparo. Que reconocido textualmente por la Sala de instancia el hecho evidenciado de que el marido, a partir de la fecha en que dejó a su mujer e hijo en casa de los padres de aquélla no le envió cantidad alguna, así mismo ha corroborado el de que desde más de un año antes de la interposición de la demanda, desapareció del hogar conyugal sin volver a reunirse con sus deudos, subrayada esta posición por la de rebeldía procesal pese a los llamamientos regulares con publicidad en los periódicos oficiales y despacho de un exhorto a fin de buscarlo en determinado domicilio de Barcelona, gestiones todas ellas ineficaces, es visto que el Tribunal "a quo" incurrió en gravísimo error al pronunciar su fallo, primero, por desconocer el valor de la prueba practicada, convergente en la adveración cumplida del hecho material del desamparo; segundo, por defectuosa interpretación jurídica de la norma, al atribuir el "onus probandi" de la falta de justificación de los auxilios familia-

res a la parte actora; y tercero, porque no es lícito establecer interferencias con fuerza probatoria plenísima, extraídos de hechos iniciales y mucho menos con una cabal y relevante demostración, todo lo cual constituye el ejemplo más característico de la injusticia notoria en que ha incurrido la sentencia revisada y así procede declararlo": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 194-; ...Que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 4 de Enero de 1935, los elementos integrantes de la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de 7 de marzo de 1932, son dos: uno, de carácter objetivo, determinado por la inhibición del cónyuge a quien se imputa el desamparo, en cubrir todas las necesidades materiales y morales de asistencia impuestas por el matrimonio y familia constituida y otro de índole subjetiva referido a la falta de justificación de tal conducta por parte del obligado, añadiendo que el juego procesal de ambos factores corresponde patentizar al demandante la cesación efectiva de esos auxilios económicos y morales inexcusablemente originados por el vínculo matrimonial y al demandado compete impugnarla si le conviniera con la invocación y positiva probanza de razones suficientes a justificar el incumplimiento, bien entendido que comprobado el primer extremo sin oposición del cónyuge inculpa o por deficiente descargo de ésta ha de estimarse la vigencia de la causa como bastante para decretar el divorcio o la separación en su caso, por sobreentenderse implícita la falta de justificación en la realidad del desamparo. Que desestimada en el caso de autos la mencionada causa por entender la sala sentenciadora que la demandante no ha intentado siquiera probar que el marido demandado tenía posibilidad de proveer más ampliamente a las necesidades familiares y dejó de hacerlo por gastar sus ingresos en cosas superfluas, atendiendo a su propia alimentación con abundancia, es visto que ha incurrido en injusticia notoria pues, según la doctrina antes indicada, no correspondía a la esposa más prueba que la realidad del desamparo que a tenor de la sentencia recurrida ha quedado demostrada. Que como consecuencia a lo expuesto y por no haberse personado el demandado, que a pesar de haber sido emplazado en forma ha permanecido en constante rebeldía, sin intentar siquiera la aludida justificación, se impone dar por probado el desamparo alegado y revisar la sentencia recurrida, dando lugar a la separación de personas y bienes solicitada en la demanda, declarando la culpabilidad del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 88-; "... Que al aceptar el Juzgador de instancia el desamparo de la mujer y de los hijos, por parte del marido, desde el mes de marzo de 1916, sin haber regresado al domicilio conyugal ni haber facilitado durante dicho tiempo recurso alguno a su familia, y rechazar, sin embargo, la demanda de divorcio instada, por dichos motivos, por doña C.R., fundada en la causa 4ª de la Ley de 2 de marzo de 1932, por entender dicho Tribunal que la recurrente no ha demostrado el imposible jurídico, en el orden probatorio, de la injustificación por parte del marido, en su desamparo, siendo así que no se desprende de la prueba practicada hecho alguno que disculpe la torpe e inconcebible conducta del esposo recurrido, cuyo estado de rebeldía, en estas actuaciones, acentúa su culpabilidad, y a quien correspondería, según doctrina de este Tribunal Supremo, la carga de la prueba sobre aquel extremo, se pone de manifiesto, de un modo claro y patente el error de jure en que incurre el Tribunal "a quo", debiendo revisarse la sentencia por la injusticia notoria que en ella se comete y decretar en su virtud el divorcio de Dª C.R. y D. J.P., declarando a éste cónyuge culpable": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 479-.

(398) "... Que tampoco puede ser estimada la causa 3ª del referido artículo 57, invocada en el mismo recurso, porque, admitido por el Tribunal Sentenciador, apreciando rectamente las pruebas, que Dª Margarita L. ha sido desamparada, así como sus hijos, por su esposo D. José L.C., al no facilitarle este los medios materiales indispensables para el sustento de la primera y de los segundos sin que en forma alguna se haya justificado por el D. José L. la imposibilidad de atender esta imperiosa obligación, sino antes por el contrario, que él mismo se daba una vida desordenada y licenciosa, la que con los gastos que lleva consigo era la causa eficiente del abandono..., es claro que decreta acertadamente la disolución del vínculo matrimonial no incurre en fallo recurrido en injusticia notoria que, según el criterio de esta Sala, sólo puede estimarse cuando sea manifiesta, palmaria y evidente; desprendiéndose de lo expuesto la improcedencia del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio

de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1409-; "... Que, apreciado por la Sala Sentenciadora, en vista del examen de las pruebas practicadas, que D<sup>a</sup> Modesta S. y su hija Modesta G., viven económicamente a expensas de sus padres y abuelos respectivos, sin que el marido y padre D. Pedro G. les facilite recursos de ningún género, como en efectos así aparece de los autos, y sin que exista elemento alguno que racionalmente justifique semejante proceder, es claro que tal comportamiento constituye el desamparo de la familia integrante de la causa de divorcio número 4 del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932...": Sentencia del Tribunal supremo de 29 de Septiembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1799-; "... Que la afirmación hecha por el fallo recurrido de que "el demandado, a contar casi desde la fecha de su matrimonio, en varias ocasiones, lo mismo cuando ganaba un jornal que cuando carecía de trabajo, sin causa aceptable de justificación, abandonó a su esposa", no sólo se haya corroborado por la declaración de las personas que recogieron en su domicilio a D<sup>a</sup> Consuelo S.N., dos meses antes de dar a luz, costeando después los gastos de Registro, bautizo y asistencia médica, sin que el marido contestase a las cartas que se le escribieron, sino por las demás pruebas aportadas al pleito, que ponen de relieve el desdichado concepto que de las relaciones familiares tiene el recurrente; y, en su virtud, procede desestimar el alegado motivo": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 685-; "... Que estimada por la Sala sentenciadora la prueba practicada por ambas partes, ha formado el criterio de haberse acreditado suficientemente la existencia de la causa cuarta del artículo 3º de la citada Ley, por existir el desamparo de la esposa por parte del marido, sin justificación, entendiéndose que las circunstancias que procedieron y subsiguieron a la salida de la esposa del domicilio conyugal, no constituyen razón bastante para liberar al marido de la obligación de atender a las necesidades de su cónyuge, puesto que la situación de ésta en el hogar doméstico y el trato que de su consorte recibía, justifican sobradamente la salida de la esposa para el domicilio de sus padres, a cuya apreciación imparcial y justa de la Sala opone el recurrente su particular criterio, no abonado por el resultado que los autos ofrecen": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 723-; "... Que las declaraciones categóricas de los testigos convocados y recibidos en autos al afirmar el total abandono material y moral de la cónyuge y del hogar imputable al esposo. ... es elemento integrante de la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio y al no reconocerlo así la Sala de instancia incurrió en injusticia notoria determinada por errónea apreciación de la prueba y en consecuencia procede decretar el divorcio vincular solicitado, con declaración expresa de culpabilidad del demandado": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 69-; "... Que tampoco puede admitirse error en la sentencia recurrida al apreciar la existencia de la causa cuarta alegada por la mujer en su reconvención, e integrada por el desamparo de la familia sin justificación porque, confesado por el marido, lisa y llanamente, que en abril de 1928 emigró a América del Sur, donde estuvo hasta diciembre de 1931, en que regresó, sin que durante el indicado tiempo prestara ayuda alguna a su mujer e hijo y sí a su madre, sin elemento alguno que justifique tal proceder, la estimación de aquel abandono se impone": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 285-; "... Que si con referencia a la certificación librada por el Ayuntamiento de Madrid aparece que la recurrente está empadronada desde hace tiempo con residencia en la capital de la República y algunos testigos sin tacha afirman que el esposo la desamparó de toda protección personal y económica de largos años, durante los cuales hubo de atender con el producto de su propio trabajo a las necesidades del hogar, por desertión del esposo, ahora en ignorado paradero, que se desentendió así de las obligaciones matrimoniales, es claro que hállese integrada la causa cuarta el artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada entre otras por la demandante como fundamento de su pretensión y proceder en consecuencia estimar el recurso, por dicho fundamento, con culpabilidad del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 736-; "... Que asimismo se halla probado el desamparo en que el demandado tiene a su mujer y cuatro hijos de once, ocho, cuatro y dos años, respectivamente, desde el mes de julio de 1930, sin facilitarles medio alguno de subsistencia, no habiéndose acreditado un motivo de justificación de tal reprochable conducta, por lo cual ha sido acertadamente estimada la realidad de la causa cuarta del citado artículo

3º de la ley su 2 su marzo de 1932": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 928-; "... propuesta como fundamento de la acción de divorcio, ejercitada en este proceso civil, la causa cuarta del artículo 3º de la ley de régimen, se ha demostrado, mediante una prueba muy cuidadosamente intervenida y deputada, que el esposo se desentendió en dos ocasiones de los deberes de protección y amparo correspondientes a su situación y responsabilidad dentro del matrimonio sin causa justificativa suficiente a explicar y menos legitimar tan irregular conducta y si bien tras de la primera deserción hubo de conseguirse la normalidad de la vida conyugal perturbada hasta entonces por el proceder del marido, éste no sólo volvió a separarse del hogar con absoluta falta de motivos, pero también desatendió toda tutela moral y económica sobre la mujer e hijos de corta edad, para cuya subsistencia atiende ella con el producto de su trabajo manual y el auxilio de sus padres; razones en mérito de las cuales debe entenderse plenamente integrada la causa cuarta del citado precepto, y al no declararlo así la Sala de instancia incidió en notoria injusticia que determina la acogida y estimación del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1094-; "... Que según aparece con toda claridad de lo actuado, es un hecho cierto que con motivo de las desavenencias conyugales se separaron del R.V. y su esposa doña M.P. el año 1925, viéndose esta señora en la necesidad de acogerse al amparo de un hermano, que desde entonces ha venido atendiendo a las necesidades de ella y de sus dos hijos, sin que el don R. se haya vuelto a cuidar de su cónyuge ni de la descendencia, habiendo limitado su protección a enviar 125 pesetas el mes de octubre y 100 el mes de noviembre de dicho año, no constando que el señor V. haya dejado de pertenecer al Cuerpo en que presta sus servicios ni que haya sufrido revés alguno de fortuna que justifique la absoluta falta de protección a quienes está obligado a mantener, cuidar y defender por ineludible imperativo de la moral de las leyes. Que los hechos antes relacionados, cuya realidad es patente y manifiesta, hallándose reconocidos por el propio demandado al sostener el envío de las relacionadas cantidades y no de otra alguna para subvenir a las necesidades de su esposa y dos hijos a partir de diciembre de 1925, constituyen la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, o sea, el desamparo de la familia sin justificación, que es forzoso estimar en este caso, ya que no cabe legalmente ni racionalmente es presumible que la cantidad de 225 pesetas sea suficiente para cubrir las necesidades de una señora y dos hijos menores de edad durante el tiempo que media desde septiembre de 1925 hasta enero de 1933, en que se produjo la demanda. Que al no entenderlo así la Sala sentenciadora ha incidido en la injusticia notoria señalada como causa de revisión en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1332-; "... Que no incurre la sentencia en injusticia notoria cuando aprecia la existencia de la causa cuarta de divorcio, o sea, "el desamparo de la familia sin justificación", alegada por la demandante, porque se funda en las declaraciones de siete testigos que afirman que después de estar viviendo varios meses en casa de sus suegros el demandado en unión de su esposa e hijo, desapareció de Tenerife, dejando abandonados a éstos, y en la consideración de que resulta de toda la prueba que la demandante y su hijo han vivido a expensas de su padre, y no facilitándole el demandado medios económicos para atender a sus necesidades, y esas apreciaciones de la Sala hay que relacionarlas con las que hace la misma, de estar evidenciado de que no es el Sr. R. un celoso guardador de la fidelidad conyugal, y que frecuenta cabarets, viéndosele en altas horas de la noche con mujeres que no son la propia, todo lo cual comprueba la irregular conducta del marido en orden al matrimonio": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1370-; "... Que demostrados sin duda racional alguna el hecho positivo material de la deserción del marido del hogar conyugal, así como el negativo por dejar de prestar auxilio moral y económico a la familia constituida, y ausente toda justificación lógica y poderosa que pudiera disculpar o cuando menos coonestar tan reprochable conducta -pues no merecen autoridad de crédito las explicaciones referenciales de ciertos testigos, ni aún veraces servirían para legitimar la infracción de lo más elementales y sagrados deberes conyugales-, es claro que la Sala de instancia, al desconocer el valor de la prueba, desarrollada con evidente afirmación de dichas circunstancias ha incurrido en el vicio de injusticia notoria que acertadamente acusa el recurso examinado y procede en consecuencia decretar el divorcio vincular por la cuarta causa del artículo 3º de la ley de mérito,

con declaración de culpabilidad imputable al marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1511; "... Que siendo hechos ciertos e indubitables por la Sala sentenciadora aseverados y no impugnados por los litigantes que los cónyuges han vivido separados de hecho, en distinto domicilio, con libre consentimiento, teniendo la esposa en su compañía a los dos hijos habidos en su matrimonio con el recurrido, alimentándolos y educándolos con su solo trabajo y sin el menor auxilio y protección por parte del esposo, que dejó totalmente incumplido el elemental deber de contribuir, por lo menos, a los gastos que ocasione el sustento y educación de sus hijos, es evidente que carece de fundamento e incide en grave error "de jure" y, por ende, en injusticia notoria, el Tribunal "a quo"... al no apreciar en contra del esposo la mencionada causa cuarta, toda vez que éste desamparo, total y absolutamente, a sus hijos, no prestándoles, siquiera, el más indispensable auxilio económico para su subsistencia, a la que, tan sólo, atendió la esposa recurrente con su industria y trabajo; y en su consecuencia, procede, por los motivos de que se hace mérito, revisar la sentencia recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2205-; "... Que en la apreciación de las pruebas sobre la existencia del desamparo sin buena causa no se advierte derivación lógica alguna constitutiva del vicio de injusticia evidente imputable al fallo revisado, pues aparece demostrada la dejación de los deberes tuitivos, materiales y morales que incumbían al marido respecto a su cónyuge y a su descendiente, sin que los intentos tardíos aparentados por vía judicial sean suficientes para coonestar y menos justificar la conducta culposa de aquél, determinante de la acción de estado ejercitada por la esposa con plena pertinencia; y por lo tanto, cubiertas las condiciones de "facto" y las razones de "jure" en la sentencia recurrida, procede rechazar su impugnación y revalidar el pronunciamiento de divorcio que acertadamente contiene": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 241-; "... Que desprendiéndose de la prueba practicada, como hecho indudable que el marido demandado abandonó el domicilio conyugal en el año 1927, sin que conste que la mujer diera motivo alguno para que aquél adoptara esa determinación, ni se sepa cual sea su paradero, y sin que darse aquella fecha haya cumplido de ningún modo la obligación de atender al sustento de su mujer y de su hijo, ello es ya bastante para que proceda reconocer la causa cuarta de la Ley de Divorcio, con culpabilidad del marido que de tal modo procedió; y al no hacerlo así la Sala sentenciadora, incurrió en la injusticia notoria que como causa de revisión se ha alegado; debiendo por tanto estimarse el recurso y declarar que ha lugar a la revisión solicitada": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 431-; "... que la revisión de las probanzas realizadas en el pleito atinentes a la causa cuarta del artículo 3º de la ley que estimó la sentencia e impugna en su recurso el señor I., convencer del acierto y rectitud con que las apreció la Sala sentenciadora conforme a reglas de sana crítica para dar por demostrado que desde el mes de junio de 1932 en que dicho señor sin motivo justificado se fue a vivir fuera del domicilio conyugal dejando en él a su esposa y su tierna hija, hizo caso omiso del racional deber de asistencia económica a las mismas que en el doble concepto de esposo y de padre moral y legalmente le obligaba a satisfacer cuando menos las necesidades materiales imprescindibles para la existencia de su cónyuge y de su recién nacida descendiente ya que, durante el lapso de un año transcurrido desde la indicada fecha hasta la presentación de la demanda por doña Emilia S. el 15 de junio de 1933, todo el auxilio pecuniario dispensado por el señor I. a su esposa e hija, consistió, según la sentencia combatida, en el envío de cien pesetas en una ocasión; y como los referidos hechos imputables al demandado definen claramente la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, que la Audiencia de Barcelona estimó en su sentencia, evidente es que no ha incurrido el fallo impugnado en la supuesta injusticia notoria que aduce el señor I. en su recurso y por tanto procede desestimarle en cuanto a la mencionada causa cuarta se refiere" Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 611-; "... Que es jurisprudencia de esta Sala que la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, requiere la concurrencia de los requisitos: uno de carácter positivo, consistente en el hecho mismo del desamparo familiar integrado por la no prestación de aquellas asistencias morales y económicas que impone la disciplina del derecho familiar, especialmente en relación con el consorte y los hijos comunes y otro de carácter negativo, la falta de justifi-



cación de semejante proceder; siendo consecuencia de ello que la aplicación contenciosa de esta causa de divorcio distribuye la carga de la prueba entre el actor y el demandado, imponiendo al primero la demostración de los hechos que constituyen el desamparo, y al segundo la justificación de los motivos determinantes de la infracción de los aludidos deberes de asistencia familiar. Que en el presente caso, la demandante ha probado satisfactoriamente el extremo que le incumbía demostrar en el pleito toda vez que el demandado mismo, al absolver las posiciones de la competencia de la causa que se ha examinado y aduciendo sólo un modo genérico no estar justificados en los autos los elementos todos constitutivos de las causas alegadas en la demanda y en la reconvenición, incidió en la injusticia notoria que ha denunciado el presente recurso y que debe ser estimada como motivo de la revisión solicitada": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 772-: "... Que interpuesto recurso de revisión conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, por doña O.G., contra sentencia de la Audiencia de Santander que declaró no haber lugar al divorcio fundado en las causas cuarta y quinta del artículo 3º de la citada Ley que promovió contra su marido don J.A., la revisión de la prueba practicada en cuanto a ellas por la demandante, única que se verificó en el pleito, en el que no contestó a la demanda el demandado ni el fiscal interesó ningún pedimento, acredita sin duda alguna que casados los litigantes "in artículo mortis" cuando el varón tenía 22 años y la hembra 17 y cumplido por aquel el servicio militar, ni el señor A. a su regreso a Santander desde Marruecos constituyó con su cónyuge el hogar matrimonial, ni prestó a su esposa la menor asistencia moral ni se ocupó de ella para nada, ni aun cuando se atribuye al demandado en el pleito el oficio de carretero, ha facilitado nunca, según confesión propia, medio alguno económico de vida a su esposa, que, por ello, se ve obligada a continuar viviendo con sus padres y a ser amparada por ellos, que atienden a su subsistencia con el producto de un jornal eventual; y como tales hechos imputables al marido de la demandante acusan su culpabilidad en la incidencia en el caso de autos de la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en primer término alegada por doña O.G., procede estimar el recurso de revisión por ella entablado contra el fallo que impugna por hallarse incurso en la causa 3ª del artículo 57 de la repetida Ley, decretando en su consecuencia el divorcio solicitado en la demanda": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 777-: "... Y realizándolo se nota su invirtuabilidad porque, al recto criterio como aprecia la prueba el Tribunal "a quo", opone sin consistencia el personal propio, si respetable no eficaz; porque el deber paternal con familia en minoridad no es razonable entenderlo cumplido con leves invitaciones a los hijos en muy contadas ocasiones que le visitaron; y pues que no existe pugna alguna en haberse entendido exculpado el abandono del cónyuge explicable por un motivo sentimental e injustificado el desamparo de los hijos impúberes que carece de formal excusa": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1025-: "... Que declarado y reconocido por el Tribunal "a quo" que el demandado don Z.P. tiene abandonada a su esposa la recurrente, y a los tres hijos habidos de su matrimonio, desde el año 1925, en el que se trasladó desde el pueblo de Villafranca de Ebro a otros hasta llegar al de su actual domicilio en la Alaudia de San Juan, en donde desempeña el cargo de Secretario del Ayuntamiento, y demostrándose además plenamente, según las acutaciones, sin que a ello se oponga prueba en contrario, que don Z. no ha gestionado, en momento alguno, ni ha hecho, siquiera, la menor indicación, para que con él y en su casa conviviese la abandonada familia envolviéndoles solamente en el transcurso de ocho años, reducidas sumas que alcanzan, en total, a unas 200 pesetas, viéndose obligadas sus hijas a entrar en el servicio doméstico y su esposa a trabajar en distintos menesteres a fin de allegar medio para atender a las elementales necesidades propias y las de su hijo de corta edad, se destaca y ponen de relieve sobrados elementos de juicio para considerar incurso al demandado y recurrido en la causa 4ª del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, máxime cuando la prueba documental, única utilizada por dicho demandado, contradiciendo sus asertos consignados en el escrito de contestación a la demandada, demuestra que no ha facilitado cantidad alguna a su familia para que atendieran a su sustento; por lo que, recurrido, al no estimar la mencionada causa cuarta, una de las alegadas por la recurrente en su demanda, y absolver de ésta el demandado incurre en la injusticia notoria, que aquella parte invoca en su recurso, procediendo en su consecuencia se declare haber lugar a la revisión

interpuesta, decretando el divorcio del matrimonio constituido por don Z.P. y doña A.O., declarando cónyuge culpable al esposo, e interponiéndole, como vencido, las costas del proceso": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1036-; "... Que no alegándose y demostrándose manifiesta discrepancia entre el fallo y el resultado de la prueba practicada que en el recurso se examina, o que en la aplicación de la Ley al caso litigioso patente no puede estimarse la injusticia notoria según constante doctrina de esta Sala, y como además la audiencia, interpretando rectamente aquella prueba, declara acreditado que el marido fue quien se alejó de la mujer desde la celebración del matrimonio sin que por ningún lado aparezca el libre consentimiento de ella para tal separación, ya que hubo varios requerimientos particulares y gestiones de la mujer para establecer la vida conyugal, a lo cual se negó el esposo; que éste ingresó en el Cuerpo de Telégrafos en el año 1919, obteniendo en lo sucesivo los naturales ascensos en su carrera, que jamás, como él mismo confesó se acordó de su mujer e hija, ni les proporcionó en los veinte años de casados auxilio económico alguno, la sentencia recurrida que desestima la causa doce alegada por el marido en su demanda y aprecia la existencia de la cuarta, o sea el desamparo de la familia sin justificación, invocada por la mujer en su reconvenición, no incide en injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 1037-; "... Que revisada la prueba documental y testifical que se aportó a los autos, y que no parece debidamente analizada en el fallo recurrido, se han de tener como ciertos los siguientes hechos: Primero: Que el demandado sufrió graves quebrantos económicos a consecuencia de su afición al juego y que le obligaron a ir a vivir, juntamente con su esposa, a casa de un pariente, quien daba de comer al matrimonio a cambio de la asistencia doméstica que la actora le prestaba. Segundo: Que en Septiembre de 1910 se ausentó el marido del domicilio desinteresándose se en absoluto de su familia, como lo demuestra el documento unido a los autos, escrito pocos meses después, en el que el demandado decía que renunciaba a su esposa para siempre, por no poderla mantener y la autorizaba para que buscara la vida como pudiera y viviera con quien le diera la gana. Tercero: Que en lo sucesivo no ha vuelto a tener la actora y hoy recurrente noticia de su marido, y ha vivido en absoluto desamparo, haciendo frente a sus necesidades con el producto de su propio trabajo. Que dados tales hechos, es de rigor aplicar al caso la causa de divorcio comprendida en el número cuarto del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, ya que está probada no sólo la realidad objetiva del desamparo, sino la voluntad deliberada en el marido de no prestar a la mujer las asistencias de toda clase que van ligadas a los deberes más fundamentales del matrimonio; y no puede justificar la resolución de la Sala de instancia al desestimar dicha causa la consideración que expone de que, careciendo el marido de medios económicos, mal podía proporcionarlos a nadie, pues es indudable que ni la obligación del mutuo amparo entre los cónyuges se limita a la prestación de auxilios pecuniarios, ni hay prueba de que en el caso de autos el demandado estuviese impedido para atender a las necesidades económicas de la familia o hubiese puesto los medios que estuviesen a su alcance para poder atenderlas, siendo así que lo que consta es que repudió a su cónyuge y la negó toda esperanza de protección": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1250-; "... Ni puede negarse que existió desamparo en un marido que en su confesión judicial reconoce contestando a las posiciones 10 y 22 que todavía no conoce a su segundo hijo nacido en 1933, ni ha facilitado auxilio económico a su esposa, ni ha visitado a los dos hijos, a pesar de contarle que viven en Madrid en el domicilio de los padres de la mujer": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1935 de la mujer": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1378-; "... Que reconocido y declarado por la Sala sentenciadora, ajustándose a las pruebas practicadas en juicio, especialmente por la confesión del demandado, que éste carece de bienes de fortuna, no se ha preocupado de buscar, por el trabajo, los medios indispensables para atender a su esposa y al hijo de ambos, viéndose aquella precisada a desprenderse de sus escasos bienes para cubrir las más apremiantes necesidades de la familia, sin que se desprenda de lo actuado el más leve indicio que acuse la imposibilidad o dificultad en que se encontrara el marido para cubrir con su trabajo, el elemental deber de sostener y ayudar a su mujer e hijo, constituye una evidente y manifiesta situación, por parte del demandado, de menosprecio y desdén hacia seres tan allegados que revelan ostensiblemente, tanto el orden ma-

terial como en el afectivo o espiritual, el desamparo de su familia sin justificación; y al no entenderlo así, el Tribunal "a quo", no apreciando en el caso de autos la existencia de la causa de divorcio señalada en el número cuarto del artículo 3º de la ley de 2 de Marzo de 1932, incide en la injusticia notoria que se invoca en el recurso deducido por doña J.S., procediendo, en su consecuencia, revisar el fallo de mérito, decretando en virtud de la mencionada causa el divorcio de dicha señora y de su esposo D. R.M., a quien se le declara cónyuge culpable": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1550-; "... Que en el caso de autos, la actora, en la exposición de hechos de su demanda, que el "demandado, que aunque prestaba sus servicios como chófer de don E.O. vivía en Nigrán con su esposa, en la casa de los padres de ésta, rompió la paz conyugal imputando públicamente conducta de faltas de moralidad a su esposa, a pesar de la intachable conducta de ésta, abandonó el domicilio matrimonial, y después de haber estado dos meses en otra casa, se ausentó hace tres años del país, dejando en completo desamparo a su esposa y a su hija; que no han sabido nada de él desde entonces ni de él han recibido ningún auxilio"; y como tales hechos, corroborados por la unánime y constante prueba testifical practicada en el juicio implican la concurrencia de la causal cuarta de la ley de Divorcio, y en cambio no permiten centrar ni resolver la cuestión litigiosa con referencia a la causal sexta, que ni siquiera está procesalmente alegada, se ha de concluir que la Sala sentenciadora que deniega el divorcio fundándose en no estar acreditado más que el hecho de la ausencia y no el transcurso de dos años contados desde la declaración judicial de la misma, de conformidad con el número sexto del artículo 3º de la ley, comete, al no reconocer la procedencia de la ruptura del vínculo por el número cuarto del mismo artículo, la injusticia notoria que se denuncia en el recurso, al amparo del número 3º del artículo 57 de la tan repetida ley, y que es forzoso corregir en revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 1560-; "... Que el desamparo de la familia sin justificación, causa cuarta del artículo tercero de la Ley de Divorcio, consiste según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la inhibición por uno de los cónyuges de los deberes de ayuda, asistencia y protección de todo orden, tanto material como moral, que el matrimonio impone respecto al otro cónyuge e hijos comunes atendidas la situación y circunstancias de momento, y es indudable que, en el presente caso, esa causa existe, por cuanto aparece probado que el 26 de Abril de 1933 el demandado salió del domicilio conyugal dejando a la actora y a un hijo del matrimonio de nueve meses de edad desatendidos en absoluto precisamente cuando la esposa se hallaba enferma por consecuencia de un parto, sin que obste a la estimación de la causa la alegación improbada del marido de no haberle permitido la entrada en el domicilio conyugal su mujer y su suegra, ya que de ser ello cierto, tenía medios legales, que no ejercitó, para poner término a aquella irregular situación; por todo lo que es visto que el Tribunal de instancia no incurrió en injusticia notoria al apreciar dicha causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1336-; "... Que la revisión de las pruebas practicadas no demuestra del modo palpable y evidente que exigen de consuno la ley de Divorcio y la jurisprudencia de esta Sala, la incursión de aquel en la supuesta injusticia notoria que don J.A. intenta atribuirlo ya que confirmado el propio demandado la apreciación de las declaraciones de los testigos presentados en el pleito que hizo el Tribunal "a quo" para estimar en su sentencia la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, en contra del señor A., confesó éste su completa inhibición económica respecto del tratamiento facultativo a que durante algunos meses hubo de estar sometida su esposa, lo cual además de no compadecerse con el natural deber y obligación legal de protección y socorro de su cónyuge, que le imponía la desgraciada situación en que inopinadamente cayó, envolvía la falta de asistencia y de espiritual apoyo debido a la esposa que por ser concomitantes de aquel aspecto material antes mencionado del desamparo previsto en la ley, hacen improcedente la estimación del recurso interpuesto por el señor A.": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 73-; "... Que basado el segundo motivo del recurso de injusticia notoria por haber dejado de apreciar el Tribunal "a quo" la existencia de las causas 4º, 7º y 8º del artículo 3º de la Ley de Divorcio, procede su estimación, porque de los autos aparece suficientemente comprobado, por el testimonio de la madre de doña C.A. y de su hermano A. que don J.B. observaba una vida irregular, hallándose entregado a la embriaguez, con absoluta

abandono de todos los deberes que el matrimonio impone y entre ellos el de asistencia económica, lo que ocasionó frecuentes altercados entre los cónyuges que culminaron en un intento de estrangulación de la mujer por parte del marido, todo lo cual constituye justificación bastante para decretar el divorcio por las alegadas causas, no desvanecidas de contrario sin que sea óbice para ello la cualidad de familiares que en dicho testigo concurren, porque admitidos al efecto como idóneos por el artículo 51 de la Ley que rige en la materia, sólo pueden ser desestimadas sus manifestaciones, según jurisprudencia de esta Sala, cuando otro elemento de prueba desvirtúe la presentación de su veracidad lo que no acaece al presente, pues lejos de ello el dicho de la testigo D.B. viene a corroborar lo afirmado por aquéllos en cuanto adviré que el esposo ante las apremiantes necesidades de la familia, nada hizo por obtener con que satisfacerlas, viéndose por ello obligada a trabajar la demandante, y así mismo la declaración de G.P. referente a la conducta deshonrosa del demandado, que dominado según dice por el vicio de la embriaguez ya aludido, tenía en el mayor abandono todas sus obligaciones maritales, lo que hacía insoportable la convivencia matrimonial, y a cuya situación, ya intentó poner término la recurrente en Nueva York consultando con un letrado sobre la posibilidad de lograr el divorcio, por cuyas razones ya sin necesidad de entrar en el examen del motivo primero del recurso, procede revisar el fallo de instancia, incurso en injusticia notoria al no apreciar las causas de divorcio indicadas, máxime cuando los hechos expuestos se corroboran por el borrador de la carta de los folios 82 a 84 de los autos que el demandado reconoce como auténtica, en el pliego de posiciones que presentó, donde también asevera, que su mujer en la correspondencia que le envió a Nueva York, se manifestaba opuesta a que viniese a España, detalle revelador de sus deseos de no reanudar la vida conyugal, atenta al denunciado proceder del esposo, que debe ser declarado culpable e imponérsele el pago de las costas, en su calidad de litigante vencido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley citada: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 733-; "... Que no existe injusticia notoria en cuanto a la estimación de la causa cuarta invocada en la demanda, es un hecho reconocido por ambos cónyuges, el que se separaron en el mes de agosto de 1930, y desde esta fecha no acredita el marido haber entregado cantidad alguna a la mujer para su subsistencia y la de la hija del matrimonio, ya que las únicas cantidades que justifica haber dado son las correspondientes a los tres giros telegráficos cuyos recibos obran en autos, impuestos, en el año 1928 e importantes 90 pesetas dos de ellas y otro 120, sin que a los testigos del marido se le interrogase sobre tal extremo y sin que en el recurso se alegue contra la existencia de esta causa razonamiento alguno": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 740-; "... Que alegada en la demanda de la existencia de las causas 4ª, 7ª y 8ª del artículo 3ª de la Ley de Divorcio, sólo se mantiene en este recurso la realidad de la primera fundada en el desamparo en que el marido dejó a su mujer e hijos de los que vive separado, siendo indudable que de las probanzas llevadas a efecto por la actora aparece que aquél, desde que el hecho de la separación se produjo, se desentendió de proporcionar medios de orden económico a sus expresados familiares, no obstante disponer de ellos, negando a uno de sus hijos menor de edad, en ocasión en que directamente los solicitó de él, la cantidad necesaria para comer, lo que no puede tener justificación alguna y como por otra parte, dicho demandado no acredita de modo preciso, que cumpliera con sus deberes en cuanto al particular, desde que quedó rota toda convivencia con su familia, surge evidente la injusticia notoria de la sentencia recurrida al no apreciar que la causal indicada se dá en autos por lo que debe ser revisada en este extremo": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1142-; "... Que basado en el recurso de revisión promovido por la actora, en que la Sala de instancia desestimó la demanda por no resultar acreditados los hechos fundamentales de la misma, esto es, las causas de divorcio alegadas, el estudio atento y detenido de las pruebas ofrecidas advierte el error en que dicho tribunal incurrió, porque de las declaraciones de los testigos sin tacha L.R., T.R., L.D., y M.A., se patentiza que el demandado desapareció en cierto día del año 1919 del domicilio conyugal, sin preocuparse para nada de su esposa e hijos, uno de éstos efecto de enfermedad constitucional que le inutiliza totalmente para el trabajo; no habiéndose cuidado en ningún momento de ellos, ni de acudir a remediar tantas necesidades como han experimentado, pues sólo la actora pudo afrontarlas muy penosamente con el producto de su trabajo personal y a costa de grandes sacrificios. Que la causa cuarta del artículo 3ª de la ley de 2 de marzo de 1932, esta integrada.... por el desamparo de la familia sin

justificación, y su concurrencia en el caso de autos, se ofrece probada... por el desamparo en que durante tantos años tuvo el demandado a su esposa y a sus hijos, sin asistencia alguna ni protección personal y económica. Que al no estimar la Sala sentenciadora la aludida causa cuarta del artículo 3º de la ley de trámite incidió en la injusticia notoria que menciona la causa 3ª del artículo 57 de la propia ley y debe estimarse el recurso y revisarse la sentencia dando lugar al divorcio por culpa del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1562-.

(399) "... Que es evidente el acierto con que ha procedido el Tribunal "a quo" al desestimar las causas de divorcio cuarta y octava del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, porque, en cuanto al primer extremo, lejos de estar probado en este pleito el desamparo de la familia, respetable número de testigos afirma que D. Joaquín D. sufragó en todo momento los gastos de la casa, aportando los ingresos que tenía con su carrera y las cantidades que en diferentes ocasiones le proporcionó su madre, la señora viuda de D."; Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1680-; "... Que, promovido el presente recurso al amparo del número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, por estimar la recurrente que el Tribunal "a quo" ha apreciado con manifiesto error las pruebas practicadas en los autos al desestimar las causas de divorcio alegadas en la reconvencción citada, y examinadas aquéllas, no cabe sino afirmar que la Audiencia no cometió injusticia al desestimar las causas cuarta..., ya que el desamparo está refutado por la atención económica prestada por el esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1757-; "... Que no aparece comprobado que al trasladarse don Agustín H.D. desde la casa donde vivía el matrimonio a la de su madre, dejara desamparada económicamente a su esposa, doña Teresa A.B., ni que ésta reclamara ni le fuera negada aquella protección, por lo cual no es de estimar la concurrencia de la causa cuarta del artículo 3º de la ley citada, que se invoca por la demandante, para la separación de personas y bienes, estando, por tanto, denegada con acierto tal petición en la sentencia recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 1818-; "... Que no se ha demostrado en estos autos la existencia de la causa cuarta del divorcio, pues la demandante doña R.P. reconoce que le entregaba su marido las tres quintas partes del sueldo que ganaba, que es el mismo que tenía asignado cuando contrajeron matrimonio, y del cual tenía que deducir los gastos que le producían sus estudios: primero de practicante, terminados con aprovechamiento y después de medicina": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 771-; "... Que si bien es improcedente estimar la revisión pretendida por el actor ante la injusticia notoria que supone cometió el Tribunal "a quo" al no reconocer en el caso de autos la existencia de la causa cuarta del artículo 3º de la vigente ley sobre divorcio, ya que para que pudiera prosperar sería menester que el actor hubiese demostrado que la ausencia de su esposa le había dejado huérfano de la asistencia y apoyo que los cónyuges pueden exigirse recíprocamente...": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1343-; "... Y la causa cuarta no puede tampoco ser acogida toda vez que la actora no ha probado la realidad del desamparo, y en cambio el marido ha justificado documentalmente que cumplió la obligación convenida de abonar a su esposa la tercera parte del sueldo líquido, hasta el momento en que le fue devuelto el giro por no ser encontrada la destinataria": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 190-; "... Que el desamparo de la familia, previsto en la causa cuarta del artículo 3º de la misma ley, exige para su debida estimación, que la parte actora pruebe el hecho del desamparo que consiste según lo viene definiendo la doctrina de esta Sala en la inhibición por uno de los cónyuges de aquellos deberes de ayuda, asistencia y protección de todo orden y por consiguiente tanto material como moral, que la disciplina del derecho familiar le impusiera con respeto a las personas que integran el núcleo familiar especialmente el otro consorte y los hijos comunes atendidas la situación y circunstancias de momento; y es indudable que no existe semejante prueba cuando como sucede en el caso actual lo único que los testigos aseveran es que por su relación con la persona en cuya tienda vive la demandante saben que ésta estuvo enferma en octubre de 1932 y su esposo no fue a visitarla, aunque el dueño de la tienda le envió recado, ya que aparte del carácter aislado de este hecho no son las referencias del mismo lo suficientemente completas

y directas para demostrar que el aviso llegó efectivamente a su destino y que el demandado hizo en aquella ocasión voluntaria dejación de las obligaciones familiares que le incumbían; por lo que tampoco significa patente injusticia la desestimación que la Sala "a quo" ha hecho de la causa de referencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1851-; "... Que integrada la expresada causa cuarta del artículo 3º por el desamparo de la familia sin justificación y afirmado por la doctrina de esta Sala que el desamparo ha de consistir en la no prestación por el cónyuge demandado de aquellas obligaciones o deberes que atendida la situación de momento de quien o quienes el amparo necesitan tuviere que cumplir o satisfacer, es visto que el Tribunal "a quo", al estimarla lo ha hecho con error tal, que constituye injusticia notoria, pues si bien los testigos propuestos por la demandante afirman las preguntas que tienden a tal conclusión, los del demandado atestiguan lo contrario y contrastados debidamente unos testimonios con los otros y con los demás elementos de los autos con que debe formarse el juicio resulta que los últimos son más aceptables que los primeros pues dedúcese de ellos y especialmente de la contestación dada por la actora a la novena posición que absolvió que el demandado cuando contrajo matrimonio estuvo trabajando con un taxi que compró con un préstamo que su padre le hizo, luego en un común a las órdenes de un señor Campuzano, después con un taxi que adquirió con la fianza de su madre política y, por último, al frente de un negocio afianzado también por la indicada señora de servicio de taxis del Círculo Mercantil, hay que estimar que no existía el desamparo, pues no es lógico suponer que de existir le auxiliara en tal forma la madre de la esposa desamparada; contradice también tal desamparo el hecho probado con la presentación del documento correspondiente, de que el demandado abrió a su única hija en el momento de nacer una libre en los Previsores del Porvenir y seguía pagando las cuotas, hasta el mismo mes en que fue presentada la demanda; y por último el contenido de las cartas presentadas por el demandado y reconocidas por la actora que revelan una cordialidad y un cariño incompatibles con el pretendido desamparo": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 83-; "... Que respecto a las causas cuarta y... del tan repetido artículo 3º, la Audiencia al no apreciarlas, no incurrió en el vicio de injusticia notoria, porque en cuanto al desamparo de la familia sin justificación, integran esa causa, conforme a jurisprudencia de esta Sala, dos elementos: uno, de carácter adjetivo, determinado por la inhibición del cónyuge a quien se imputa el desamparo, en cubrir todas las necesidades materiales y morales de asistencia impuestas por el matrimonio y familia constituida, y otro, de índole subjetiva, referido a la falta de justificación de tal conducta por parte del obligado, correspondiendo al demandante patentizar la cesación efectiva de esos auxilios económicos y morales, inexcusablemente originados por el vínculo matrimonial, lo que en el presente caso no se efectuó": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1378-.

(400) "... Que el hecho de la falta de subsidio que da base a la alegación de la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y que hace afirmar al Tribunal "a quo" el desamparo por parte del esposo, pierde su eficacia legal cuando la protección cesa por el alejamiento voluntario de la esposa del domicilio conyugal, por ser este motivo suficiente a justificar aquella omisión; máxime la ausencia no se ampara en motivos serios, cual ocurre en el caso de autos, en el que no aparecen probados los que como tales se adujeron, y que, analizados, quedan en el Considerando precedente; siendo en consecuencia forzoso estimar el recurso por el motivo 3º del artículo 57 de la citada ley, en cuanto dicha causa de desamparo no puede ser alegada con éxito por el cónyuge incurso en la de abandono": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 403-; "... Que a los efectos del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio para que la injusticia pueda ser calificada de notoria ha de ser patente y manifiesta, según tiene declarado esta Sala en repetidas sentencias; y como la recurrida, al repeler la demandada, estima que no se han probado las causas cuarta, quinta y octava, invocadas por la actora doña M.G., por entender que del documento por el cual el marido don L.V. dió permiso a su mujer para que pueda andar por el mundo a ganar de comer, que sirve de fundamento en la demanda para las tres causas referidas, no se desprende que lo hiciera con el deliberado y doloroso propósito de abandonar a la mujer ni a los hijos con olvido culpable de sus deberes y afectos, pues sólo justifica

que la separación fue convenida voluntariamente por los cónyuges, aceptada y puesta en práctica por la demandante, la cual abandonó el domicilio conyugal trasladándose a Burgos, y porque apreciada en conjunto la prueba en su relación con los distintos particulares a que tanto la parte actora como la demandada la refieren al justificar sus respectivas pretensiones, no ofrece la de aquélla la necesaria garantía probatoria para decretar el divorcio que solicita, es evidente que esas apreciaciones de la Sala Sentenciadora no pueden entrañar injusticia notoria, ya que en efecto, fue la mujer la que abandonó el domicilio del matrimonio, en virtud del convenio antes expresado, contribuyendo así eficazmente al incumplimiento de los deberes matrimoniales, desamparo y abandono, que ahora alega contra su marido; por todo lo cual resulta procedente la desestimación del recurso, con costas a la que lo interpuso": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1342- "... Que al desestimar el Tribunal de instancia la causa 4ª del artículo 3ª de la ley de Divorcio no incurrió en injusticia notoria, como se alega en el recurso, ya que de las pruebas practicadas aparece plenamente justificado que fue la propia demandante la que nunca quiso aceptar los medios para su curación que le ofrecía su esposo de quién se separó por su propia voluntad como rectamente afirmó la Sala, y aunque la recurrente aduce que al firmar el documento privado de 14 de febrero de 1934 ni lo leyó ni pudo ser redactado con su conformidad y si se hizo fue sólo por abuso de superioridad del marido, es lo cierto que de ello no hay constancia alguna en los autos y que dichas afirmaciones desprovistas de fundamento no tienden a otro fin que al de sustituir el imparcial criterio del juzgador, lo que no es lícito": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 354-.

Por el contrario, el consentimiento o autorización que el marido otorga a la esposa para abandonar el domicilio conyugal excluye que pueda después atribuirle desamparo material ni moral: "... Que el haberse fundado la Sala segunda de lo civil, de la Audiencia de Barcelona, para denegar el divorcio, que había solicitado el marido, en la razón de que lo único que resultó probado en el juicio fue que la esposa se marchó en determinada fecha del domicilio conyugal después de discutir con su marido, por causas ignoradas, sin que éste tratase de impedirlo, sería preciso, para neutralizar esa apreciación, que el recurrente demostrase que la única culpable de ese hecho fue la mujer, y que el marido no consintió en modo alguno el abandono que su esposa hizo del domicilio conyugal; pero es lo cierto que los documentos que se invocan en el recurso no justifican nada de ello y favorecen la tesis del Tribunal "a quo" pues ciertamente no puede verse reflejada una seria y digna oposición por parte del marido a ese hecho de la huida de la mujer, en la certificación obrante al folio 69 de la pieza correspondiente al juicio sobre separación de personas y bienes, acreditativa de que el esposo solicitó de la Jefatura de Policía se requiriese a su consorte para "reintegrarse al hogar, caso de tener el propósito de hacer alguna reclamación al solicitante que pudiera mermar haberes, pero que si no le acompañaba la citada idea, podía disfrutar de la libertad que ella misma se había tomado": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1376-; "... Que por el contrario, la sentencia recurrida ofrece un estudio plenamente acertado de la prueba practicada y una completa y perfecta apreciación de la misma porque al desestimar las causa cuarta..., puntualiza los motivos jurídicos determinantes de su improcedencia, la cuarta... porque la autorización que el marido había otorgado por escrito a la esposa para abandonar el domicilio conyugal y señalándola incluso una ayuda económica, excluye que pudiera después atribuirle... desamparo material ni moral ya que tan fácilmente se desentendía de su cónyuge...": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 96-.

(401) "... Que al estimar el Tribunal de instancia que no se había probado el hecho relativo al desamparo de la esposa por parte del marido, única causa alegada por doña R.S. para fundar la petición de divorcio, no ha incurrido en injusticia notoria, como supone la recurrente, porque el desamparo para que constituya la causa cuarta de divorcio tiene que consistir en la inhibición manifiesta que haga el cónyuge de atender a las necesidades materiales de la familia sin motivo justificado; y como de estas actuaciones aparece con toda evidencia que el matrimonio C.-S. vivía desde que fue contraído con normalidad en el domicilio de la madre de la última y que por las diferencias de los caracteres del señor C. y de su suegra, aquél

se creyó en el caso de cambiar de residencia, como lo verificó el 24 de octubre de 1932, pero dejando en la casa los muebles por él comprados, mediante las circunstancias de que en 1º de febrero siguiente por acta notarial requirió a la mujer a que junta con el hijo fuera a vivir con él a la casa que había elegido, mientras que la mujer en 30 de enero había pedido el nombramiento de procurador para interponer la demanda de divorcio; y si a esto se añade el indiscutible derecho del marido para señalar el domicilio del matrimonio y el suministrar los alimentos en su propia casa, con la obligación de seguirle en la mujer, y la ausencia de pruebas de que ésta haya reclamado al marido auxilios pecuniarios durante el tiempo de separación; resulta de todo ello, apreciado en conjunto, la falta de probanza que señala el Tribunal "a quo", y, en consecuencia, se impone la desestimación del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 910-: "... Que tampoco concurren las infracciones acusadas en los resultantes motivos; porque para la virtualidad de las causas cuarta... del artículo 3º de la ley de 2 de Marzo de 1932, no parece suficiente el abandono del domicilio conyugal sin entregar desde que ocurrió, cantidad alguna a la esposa, cuando también consta que conviviente el matrimonio con la madre de ella, se negó la esposa, requerida insistentemente a seguir a su marido y trasladarse a vivir vida independiente, pues quien así procede infringiendo su deber de casada no ha de tenerse en desamparo injustificado...": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1886-: "... Que para que pueda prosperar un recurso de revisión basado en la injusticia notoria se hace preciso, como repetidamente tiene declarado esta Sala por lo que el problema planteado afecta, que exista una equivocación palmaria en el juzgador al apreciar la prueba, hasta el punto de darse una absoluta disparidad entre lo realmente acreditado y lo que como tal se estima, siendo indudable que del conjunto de la llevada a cabo en estas actuaciones no surge esta discrepancia, sino que, por el contrario, aparecen elementos de hecho que lógicamente conducen a la inexistencia del alegado desamparo de la familia, sin justificación por parte del esposo, por cuya razón el recurso fundado en la causa 4º del artículo 3º de la Ley del Divorcio no puede prosperar, teniendo en cuenta que queda en la incertidumbre que el marido abandonase voluntariamente el domicilio conyugal y que en todo caso lo hiciera con el firme propósito de desentenderse económicamente de su esposa, como asimismo que dispusiera de medios materiales de vida y dejara de proporcionárselos a aquélla, no armonizando, ciertamente, el atribuido desamparo del marido y la actitud testificada de la mujer al negarse al requerimiento del mismo para reanudar la vida en común": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1362-Cfr. igualmente el artículo 58 del Código civil.

(402) "... Que, admitido por el Tribunal "a quo", que el demandado señor B. se marchó del domicilio que habitaba con su familia, no por su propio impulso y decidida voluntad, sino cediendo en beneficio de la paz doméstica, a reiterados y vehementes y apremiantes deseos de su esposa e hijas, que le instaban a ello, por resultar de la prueba testifical, incluyendo las declaraciones de la propia madre de la demandante y la muy expresiva de la hija mayor del matrimonio, es indudable que con tales circunstancias, unidas a la de que el citado señor B. ha atendido en la medida de sus posibilidades a su esposa e hijas de Burgos, donde aquél vivía por razón de su profesión, según declaró la madre política del demandado, al absolver la pregunta 32 del interrogatorio, no puede la ausencia atribuida a éste ser constitutiva de la causa número cuatro del artículo 3º de la ley del Divorcio y, en consecuencia, la Sala sentenciadora no ha incurrido en injusticia notoria al desestimar dicha causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 161-: "... Que al estudiar -por seguir el orden cual fué interpuesto- el recurso formalizado a nombre de la demandante, se advierte lo razona sustituyendo con su criterio la apreciación de las pruebas efectuadas por el Tribunal sentenciador; y como esto es inaceptable, clara está su desestimación; pero también habría de serlo aunque de este aspecto se prescindiese, pues no es dable entender ocurren las causas cuarta... del artículo 3º de la ley aplicable, cuando consta que la separación del matrimonio se produjo por equívocas particularidades relacionadas con la esposa, al ser conocidas por el marido, motivaron en éste excusable apartamiento por razones explicables en humano proceder excluyentes de culpa": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2195-: "... Que ni



es posible admitir la apreciación de las pruebas, la sustitución del criterio del juzgador por el del recurrente, cual éste lo efectúa en los tres motivos del presente recurso, ni aunque aceptara podría prosperar el primero de ellos pues la salida de la esposa del domicilio conyugal llevándose a su hijo, cuando consta ello realizado tras de discusiones del matrimonio por intervención de familiares y cuando aparece que días antes el marido habría atribuido a su mujer sustracciones de metálico y que en ningún momento la quisiera para su convivencia, no constituye el desamparo injustificado que caracteriza la causa cuarta del artículo 3º de la ley de Divorcio ya que éste implica la falta de obligaciones que atendida la situación familiar sean indeclinables e inexplicadas y en el caso, aquella salida tiene alguna excusa que la propia actitud del marido resalta": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1936 - Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 528-; "... Que también se entiende acertada la desestimación de la causa cuarta asimismo invocada por la actora recurrente, pues ocurrida la marcha del marido del domicilio conyugal llevándose al hijo y quedando allí la esposa e hija, tras el disgusto en que se basaba la otra causa, ni cabe por ello suponer el caso de familiar desamparo ni estimarlo más que como eventual apartamiento por motivos no esclarecidos, que por tanto no ha de reputárseles carentes de justificación": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1550-.

Un supuesto que repele la realidad de esta causa de divorcio o separación es el tratado en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1127-, que deniega la aplicación de la misma ante el hecho probado de haberse trasladado la esposa a casa de sus padres con consentimiento del marido, por carecer ésta de trabajo y no poder subvenir a las necesidades del matrimonio, máxime cuando no aparece claro si ello es debido al fenómeno mundial del paro o a sus circunstancias personales:

"... Que de la prueba practicada, no se desprenden elementos de juicio, que adveren su tesis, respecto... al desamparo sin justificación, ya que... el hecho comprobado de trasladarse la mujer a casa de sus padres con consentimiento del marido, por carecer éste de trabajo y no poder subvenir a las necesidades del matrimonio, situación que,... repele la realidad de la causa cuarta alegada, porque el desamparo de la familia a que ella se refiere, constreñido desde luego a la esfera de lo económico exige que sea injustificado y no puede serlo en el presente caso, tratándose de un obrero sin ocupación manual, máxime cuando no aparece con la claridad necesaria, si ello es debido al fenómeno mundial del paro o a sus circunstancias personales".

7.6. "El abandono culpable del cónyuge durante un año": Causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (403).

7.6.1. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación: La causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluíble en el grupo de discrepancia subjetiva, se califica de culposa por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que la apreciación de esta causa de divorcio o separación, siendo lo que constituye el acto que la Ley castiga la volitiva determinación del cónyuge incurso en la misma para marcharse por su sola voluntad del domicilio conyugal, sin causa justificada y sin asentimiento de su consorte, acarreará indefectiblemente sobre quien la produce la imputación de su culpabilidad, por ser jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a la misma sin declarar culpable a quien le fue atribuida.

---

(403) Causa 4ª del artículo 3º del proyecto de ley de divorcio y 5ª del artículo 3º del dictámen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Esta causa 5ª del artículo 3º del dictámen quedó aprobada sin modificación alguna en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3701).

7.6.2. El abandono culpable como violación del deber de convivencia conyugal (404):

A pesar del esfuerzo dialéctico por mantener el sistema orgánico dado en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, el abandono culpable que como causa de divorcio o separación estable ce el número quinto del artículo 3º de la misma supone una violación del deber de convivencia, uno de los deberes matrimoniales cuya infracción se comprende en la causa octava del artículo 3º de dicha ley (405): Según vino a declarar la doctrina jurisprudencial, para que se dé el abandono culpable que como causa de divorcio o separación establece el número quinto del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es necesario, no sólo que incumpla el deber de convivencia matrimonial, sino que además resulte acreditado por las circunstancias que hayan precedido y acompañado a la desaparición del cónyuge a quien se imputa tal motivo de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que dicho cónyuge se marchó por su sola voluntad del domicilio conyugal, sin causa justificada y sin asentimiento de su consorte (406), no pudiéndose, pues, conceder la significación que esta causa integra a la mera no convivencia de los cónyuges (407):

De esta delimitación de esta causa de divorcio o separación se deduce que, producido el abandono culpable de uno de los cónyuges por el otro, no es posible que aquél que lo sufre pueda, a su vez, y simultáneamente abandonar a su consorte causante del estado que aleteó la normalidad de la vida conyugal (408), pues el abandono imputable al cónyuge que lo comete sin motivo ni razón suficiente, y constituyéndose en culpable de esa conducta, impide que se haga imputable al otro cónyuge del incumplimiento del deber de convivencia matrimonial (409).

---

(404) Uno de los deberes matrimoniales que se impone a los cónyuges con arreglo a los artículos 56 y 58 del Código Civil es el deber de convivencia:

El artículo 56 del Código Civil preceptúa: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente"; a su vez, el artículo 58 del mismo cuerpo legal dispone: "La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirle de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero".

(405) Para el Sr. Suárez de Figueróla, el abandono es la ausencia total del culpable de cuanto supone vida conyugal, siendo esta cesación total de toda clase de vida común lo que diferencia esta causa con la del desamparo de la familia sin justificación:

"... No cabe confundirse la anterior causa con la de abandono culpable del cónyuge durante un año. El abandono es la ausencia total del culpable de cuanto supone vida conyugal, no solo en cuanto hace referencia a omisiones de auxilio o desamparo, sino también en cuanto significa cesación total de toda clase de vida en común. El que desampara a la familia no se ausenta de su seno, no deja de estar en persona dentro de la agrupación, en comunidad de techo y en contacto con sus componentes, pero no presta a éstos los auxilios que está obligado a prestarles. El que abandona se ausenta de la compañía del abandonado, y consistiendo las nupcias en la unión completa de marido y mujer, aquel que rompe esta unión por su propia iniciativa, no haciendo comunidad de techo con el cónyuge, incurre en abandono culpable": Suárez de Figueróla, Fernando: Comentarios al divorcio votado en Cortes, Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, Tomo LXVI, 1932, p. 211.

(406) "... Que para que se dé el abandono culpable que como causa de divorcio establece el número cinco del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, es necesario, según ya tiene declarado la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, no solo que se incumpla el deber de convivencia matrimonial, sino que además resulte acreditado por las circunstancias que hayan precedido y acompañado a la desaparición del cónyuge a quien se imputa tal motivo de ruptura del vínculo que dicho cónyuge se marchó por su sola voluntad del domicilio conyugal, sin causa justificada y sin aseptinamiento de su consorte y como en el caso de autos no hay prueba de nada de esto, y sólo consta por declaración de 4 testigos -los cuales ya advierten que no llegaron a conocer al marido demandado- que la actora desde el año 1932 se halla al servicio de cierto comerciante cuidando de su tienda es indudable que no incide en injusticia notoria la Sala sentenciadora que invocando el principio de derecho sancionado en el artículo 1214 del Código civil de que la prueba incumbe al que afirma deniega la causa de divorcio aludida": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1851-.

(407) "... Que el detenido examen del pleito acredita el acierto del Tribunal "a quo" a las pruebas practicadas el valor que racional y legalmente merecen, ha desestimado la demanda de divorcio por no haberse probado sus fundamentos, puesto que ni el abandono culpable a que se refiere la causa quinta del artículo 3º de la Ley del concepto, ... han logrado la debida comprobación, ya que no puede concederse la significación que la primera integra a la no convivencia de los cónyuges, pero subviniendo el marido constante, periódica y normalmente a los gastos domésticos de la esposa e hijos que con ella habitan, en casa alquilada por él mismo a su propio nombre...": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1761-.

Cuando veámos el deber de convivencia como uno de los deberes matrimoniales cuya violación se comprende en el ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio comprobaremos cómo la doctrina jurisprudencial exige, igualmente, para que se pudiera dar juego legalmente a esta causa de divorcio o separación por violación del deber de convivencia, una demostración suficiente de las circunstancias culpables que acompañan a la falta de convivencia de los cónyuges: Si la diferenciación de ambas causas podía quizá establecerse en un primer momento por la circunstancia de exigir la causa quinta el lapso de tiempo de un año para que pudiera estimarse su existencia, veremos también cómo esa misma doctrina jurisprudencial vino a declarar que la violación del deber de vivir juntos los cónyuges no podía ser, a los efectos de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, de peor condición que el abandono culpable a que se refiere la causa quinta del artículo 3º de la citada Ley que requiere un año de duración.

(408) "... Que no tiene realidad alguna el vicio de incongruencia que atribuye el recurso al fallo de la Audiencia, por no haber resuelto acerca de la aplicabilidad de la causa quinta del artículo 3º de la Ley del Divorcio, que el demandado, en su reconvencción invocó en contra de la actora, pues es lo cierto que la Sala decidió sobre esa petición reconvenccional, dejándola implícitamente rechazada, al dar lugar a la separación por dicha causa quinta, pero estimada

en contra del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1860-.

(409) "... Que tampoco puede observarse injusticia notoria al desestimar la Sala las causas quinta..., alegadas en la reconvención, desde el momento en que declara probado que fue el marido demandado el que se marchó del domicilio conyugal, abandonando a su esposa e hijo, a los que no ha prestado la debida asistencia, extremos que constituyen la base de todo lo expuesto en el pleito y que impide que se haga imputable a la esposa del incumplimiento de los deberes que se citan": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1370-.

7.6.3. Condiciones que matizan el abandono previsto en la causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio: La culpabilidad del cónyuge y el tracto de un año.

No puede establecerse una sinonimia entre los vocablos "abandono" y "desamparo", puesto que cada uno de ellos integra una diferente causa de divorcio o separación de las previstas en el artículo 3º de la Ley de Divorcio: Así, mientras que en la de abandono culpable durante un año, a que alude la causa quinta, es preciso que el cónyuge que la alega demuestre la culpa motivadora del abandono, en la de desamparo de la familia sin justificación, a que alude la causa cuarta, no sucede lo mismo, sino que, como se dijo anteriormente, en tanto que el demandado no acredite que obró, como lo hizo, por un motivo que justifique su modo de proceder, debe ser estimada la procedencia de la misma (410); de igual modo, ambas causas tienen como diferencia característica que, mientras la de abandono culpable del cónyuge, exige el lapso de tiempo de un año para que pueda estimarse su existencia, la de desamparo de la familia sin justificación, basta con que se demuestre su realidad para que se deba apreciar, sin tener necesidad de que alcance determinado plazo de duración (411):

Sobre ambos aspectos diferenciadores nos ocuparemos a continuación.

7.6.3.1. Necesidad de que el cónyuge que alega esta causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio justifique sin la menor duda la culpa motivadora del abandono del cónyuge contra el que la misma se alega:

Según constante doctrina jurisprudencial, el abandono durante un año como causa de divorcio o separación establece el número quinto del artículo 3º de la Ley de Divorcio necesariamente ha de ser imputable al cónyuge que lo comete sin motivo ni razón suficiente, constituyéndose el culpable de esa conducta tan perjudicial y ofensiva a la armonía y cordialidad que debe

reinar entre los esposos: El abandono del cónyuge durante un año presupone, pues, como requisito indispensable, la culpabilidad del cónyuge a quien se le imputa (412).

Mas para que proceda esta causa de divorcio o separación es necesario que se justifique sin la menor duda de culpabilidad del abandono a quien se le imputa (413), procediendo, en consecuencia, su desestimación cuando la parte que la alega no acredita en autos la existencia de hechos demostrativos de la culpabilidad del cónyuge a quien se le imputa al abandonar el domicilio conyugal durante un año (414).

Si el abandono durante un año necesariamente ha de ser imputable al cónyuge que lo comete, sin motivo ni razón suficiente, y presupone, como requisito indispensable, la culpabilidad del cónyuge a quien se le imputa al abandonar el domicilio conyugal, tal elemento de culpabilidad no es de estimar:

a) Cuando la separación fue convenida voluntariamente por los cónyuges (415): Consecuentemente, no puede existir abandono voluntario del domicilio conyugal por parte del cónyuge que, a consecuencia del convenio y acuerdo mutuo de la separación, sale del domicilio conyugal (416), ni, a su vez, el cónyuge que, a consecuencia del convenio y acuerdo mutuo de la separación sale del domicilio conyugal puede imputar a su cónyuge el abandono culpable de que trata la mencionada causa (417).

b) Cuando existe conformidad de uno de los cónyuges con el apartamiento del otro del hogar conyugal (418), aun cuando la misma se manifieste de modo tácito: Consecuentemente, no puede existir abandono voluntario del domicilio conyugal por parte del cónyuge que, con anuencia del otro cónyuge, sale del domicilio conyugal, ni, a su vez, el cónyuge que sale por su voluntad del domicilio conyugal, con la conformidad de su cónyuge puede imputar al que consintió su apartamiento del hogar conyugal el incumplimiento del deber de convivencia matrimonial (417).

c) Cuando la separación fue consentida por ambos cónyuges (418): De ahí la incompatibilidad existente entre la causa quinta, de abandono culpable del cónyuge durante un año, y la duodécima de separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, pues aquélla queda desvirtuada por la separación libremente consentida por ambos cónyuges (419).

Mas no cabe confundir el consentimiento como acto volitivo, o de asentimiento, y sea de modo expreso o tácito, con la forzada resignación a que ha de someterse el cónyuge abandonado por el abandono de su consorte (420).

d) Cuando la separación de los cónyuges obedece a la concurrencia de perturbación profunda sufrida en las relaciones matrimoniales por efecto de alguna de las causas que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges a que se refiere el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio (421): De ahí la incompatibilidad existente entre la causa 5ª de abandono culpable del cónyuge durante un año, y la 3ª del artículo 36 de separación de personas y bienes sin disolución del vínculo cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

Mas la concurrencia de perturbación en las relaciones matrimoniales que pudiera motivar la separación de personas y bienes de los cónyuges conforme al número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio, no es elemento exclusivo de justificación del abandono, de tal modo que sin él resulte éste ilegal y por tanto culpable, ya que no es dable equiparar los conceptos de ilegalidad y culpa con ámbitos diferentes por ser posibles muchos casos de inculpabilidad incomprensidos en la ilegalidad (422).

e) Cuando es excusable por razones explicables en humano proceder excluyentes de culpa el apartamiento de uno de los cónyuges del domicilio conyugal (423).



7.6.3.2. Necesidad de que haya transcurrido un año como exigencia de plazo impuesta por esta causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio para que el abandono sea jurídicamente motivo de separación o divorcio (424):

La causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio impone, para que el abandono sea jurídicamente motivo de divorcio en su caso, como exigencia, el tracto de un año: No puede, por consiguiente, promover ni ejercitarse la acción conducente a lograr la efectividad de la misma si no transcurrió el plazo de un año que la ley exige como condición que matiza el abandono previsto en la citada causa (425).

El plazo de un año que la Ley exige como condición que matiza esta causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio se computa a partir del día en que tuvo lugar el abandono, requiriéndose la continuidad ininterrumpida del abandono culpable hasta el día "a quo" del plazo exigido:

a) La interposición de la demanda de divorcio o separación interrumpe, aun sin estar constituida la litis, el plazo de un año que la Ley exige como condición para que el abandono sea jurídicamente motivo de separación o divorcio, pues con la interposición de la demanda de divorcio o separación queda ya interrumpido el deber de convivencia entre los cónyuges: De ahí que se rechazase por el Tribunal Supremo la tesis según la cual el plazo de un año, señalado en la Ley, ha de computarse en relación con la fecha en que se formule la reconvencción y no con la de la demanda (426). En consecuencia, no puede haber lugar a esta causa de divorcio o separación si no transcurrió un año desde el día en que se produjo el abandono culpable del cónyuge a la fecha de interposición de la demanda (427).

b) El plazo transcurrido desde que el cónyuge que abandonó el domicilio conyugal gestiona infructuosamente su vuelta al mismo no cuenta para integrar el plazo de un año que la Ley exige como requisito esencial de la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio (428).

c) El plazo de un año que la Ley exige como requisito esencial de esta causa de divorcio o separación se interrumpe al constituirse el depósito judicial de la esposa (429): Nos encontramos ante una situación de derecho que hace que el tiempo en que se ha mantenido no sea computable en el plazo de un año impuesto por la citada causa para que el abandono sea jurídicamente motivo de separación o divorcio (430):

Según doctrina del Tribunal Supremo, si antes de transcurrir el plazo de un año, computado a partir del día en que tuvo lugar el abandono del marido del hogar conyugal, la esposa solicita y obtiene, en vía judicial competente, su depósito provisional como diligencia previa a la interposición formal de la demanda de divorcio o separación -en su caso, conforme a la normativa vigente con anterioridad a las leyes republicanas: depósito de la mujer al objeto de entablar demanda de divorcio canónico o civil, querrela de amancabamiento o acción de nulidad canónica o civil de su matrimonio-, se transforma, con el ejercicio de un derecho que la Ley le atribuye, el estado anormal provocado por el marido, en otro procesal y creador de positivas fuentes de obligación jurídicas para ambos cónyuges, con tutelas eficaces, cuya virtualidad ~~detiene~~ tiene los efectos materiales de esta causa de divorcio o separación que requiere para que pueda ser apreciada la continuidad ininterrumpida del abandono arbitrario hasta el día "a quo" del término de decadencia, plazo que queda truncado por la interferencia de un acto obstativo a la mujer casada (431); ni, según la misma doctrina, el abandono de la esposa del domicilio conyugal con la finalidad de solicitar el depósito de su persona al objeto de entablar demanda de divorcio o separación puede calificarse de "culpable" a los efectos de la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, porque al abandonar el domicilio conyugal lo hace ejercitando un derecho del que no se le podía privar, y ello cuando el depósito queda sin efecto y tenga que restituirse la esposa a la casa de su marido (432), a no ser que por éste se hiciese uso de los medios legales que tiene a su alcance para restituir a su esposa al hogar común, pues, en otro caso, se entiende que consiente tácita-

tamente el estado de separación en que se hallan los cónyuges (433).

(410) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 805-.

(411) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1816-.

(412) "... Que la Sala sentenciadora no incurrió en injusticia notoria al desestimar la causa quinta de divorcio comprendida en la demanda interpuesta por don C.B., no teniendo por prueba suficiente las manifestaciones de dos testigos que afirmaron el hecho escueto del abandono del concilio conyugal, en el mes de marzo de 1931, atribuido a C.S., pues, aparte de la facultad que para la apreciación de la prueba testifical lo reconocen los artículos 1248 del Código civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento, ha de tenerse "culpable" y este indispensable requisito no resulta acreditado en el caso actual, sobre todo si se tiene en cuenta el oficio de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona en que se expresa que don C.B. vivió una temporada en la calle de Marina con una mujer, alquilando el piso en 20 de Enero del expresado año, o sea, dos meses antes de la separación": ST. 1.ª S. de 18 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 54-.

(413) De ahí que la rebeldía del cónyuge a quien se le imputa esta causa de divorcio o separación no sea bastante para demostrar, por sí sola, tal elemento de culpabilidad del abandono, aun cuando sí pueda ser elemento coadyuvante de la demás pruebas, cuando en éstas tengan algún reflejo o resonancia los hechos básicos que sirvan de apoyo a la acción de divorcio o separación que se intente por esta causa.

(414) "... Que el recurrente don P.P. entiende que la sentencia dictada en el juicio de divorcio que interpuso su esposa en ignorado paradero doña P.M. es notoriamente injusta porque a su juicio están suficientemente justificadas en el pleito, por lo menos las causas quinta y doce del artículo 3º de la Ley, que con la novena, de que no se hizo eco en la vista, adujo en su demanda; pero la revisión de las pruebas practicadas por el actor en cuanto a la primera no demuestra sin la menor duda que la racional apreciación de aquéllas por el Tribunal sentenciador al no considerar a doña P.M. culpable de haber abandonado con su hijo menor el domicilio conyugal sin haber vuelto a él, arguya notoria injusticia en la resolución impugnada, puesto que, según el Tribunal "a quo" se ignoran las causas o motivos determinantes de la indicada conducta de la esposa demandada": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 283-; "... Que doña R.G. interpuso recurso fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que apreciando en contra de ella la causa quinta del artículo 3º de la citada ley, declaró el divorcio vincular del matrimonio contraído por dicha persona con don R.S. en 6 de noviembre de 1919 y culpable de aquél a la demanda; pero revisada la prueba atinente a la indicada causa de divorcio que estimó la Sala y se combate en el recurso, es lo cierto que, su apreciación conforme a las reglas de una sana crítica, no conduce a la demostración cumplida del verdadero motivo determinante de la separación de los cónyuges a partir del 30 de diciembre de 1930 y a cual de ellos ciertamente cabría imputarle, sino a la conclusión de que si por causas no bien acreditadas en los autos doña R.G. se marchó con sus 4 hijos del domicilio conyugal en dicha fecha para trasladarse al pueblo de Beniaján, tampoco están justificadas cuáles fueran las que determinasen a don R.S. a pretender que no viviese en su compañía, en Murcia, su cónyuge y sus hijos sino en el pueblo de Mula, en la casa que a tal fin les tomó, según interrogó a sus testigos, siendo así que obligado a residir él en Murcia, donde estaba empleado en su comercio, no era razonable que tratara de apartar de su lado a las personas que constituían la familia que se creó y que levantase el mismo tiempo la casa en que con ella vivió para instalarse de huésped en dicha capital, en vez de haber obligado antes de hacerlo a su esposa e hijos a que se reintegrasen al hogar doméstico. Que para que proceda la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio es menester que se justifique

sin la menor duda la culpabilidad del abandono a quien se le imputa; y como ni el demandante alegó que la salida de su esposa con sus hijos del domicilio del matrimonio obedeciese a algún propósito malsano o fin reprochable urdido por su esposa, ni la debida ponderación de la prueba practicada aparecen otros hechos que los apreciados en el precedente fundamento de los cuales no surge patente y claro quien de los cónyuges pudo ser el verdadero culpable de la desintegración del hogar conyugal porque lo que acusan es el recíproco propósito de apartarse uno de otro, claro es que como a tales hechos no puede ser aplicable el precepto contenido en la causa 5ª del artículo 3º de la Ley de divorcio, establecida para otros diferentes al apreciarla, no obstante ello, la Audiencia de Murcia ha incidido en el motivo de revisión señalado en el número 3º del artículo 57 de la indicada Ley, que alega doña R.G. y procede por tanto estimar el recurso por ella formulado": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 751-; "... Que según repetida doctrina de jurisprudencia de este Tribunal para que el recurso de revisión fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio pueda estimarse es imprescindible que el recurrente justifique la disconformidad palmaria del fallo recurrido con las resultancias de hecho que las pruebas acrediten o con las apreciaciones jurídicas que de aquellas derive el Juzgador; y como revisada la prueba relativa a la causa quinta del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, alegada en la demanda, consistente en las declaraciones de tres testigos, aparece que el primero de éstos de 25 años de edad al declarar el 20 de Abril de 1934 afirma que a los tres años del matrimonio de doña P.C. con don I.P. en Agosto de 1900 desapareció el marido del domicilio conyugal, dejando abandonada a su esposa, constándole por haber sido convecino de ambos cónyuges, cuando en la época a que se refiere, hace más de 30 años, no había nacido aún el testigo, y los otros dos de 48 años de edad, lo afirman por referencias de la demandante, es indudable que al declarar la Sala sentenciadora que no es posible por la apreciación de la prueba, venir en conocimiento de las causas determinantes de la ausencia del marido y de su supuesta culpabilidad, estimó las probanzas practicadas con arreglo a un sano, lógico y racional criterio y que no incurre el fallo recurrido en la supuesta notoria injusticia que la recurrente de un modo gratuito le atribuye por lo que debe desestimarse el recurso de revisión por doña P.C. interpuesto": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 744-; "... Que ni del documento privado de 31 de agosto de 1932, suscrito por la demandante, ni de las declaraciones de los cinco testigos del demandado, que integran el primer motivo del precedente recurso, puede deducirse la existencia de la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio -abandono culpable-, alegada por el marido en su reconvencción, y menos con aquella claridad y evidencia manifiesta que haría nacer en la sentencia recurrida la injusticia notoria que contra ella se alega, por no estimar aquella causa, porque el criterio del citado documento se limita a una renuncia de la mujer "a lo que su marido tenía que pasarla por su hijo para que nunca me lo pueda quitar" y a declarar que "saco todos los muebles de mi casa siendo ellos, pero con consentimiento de mi marido", lo que no acredita la razón motivadora del abandono, aun en el supuesto de admitir éste, ni las contestaciones de aquellos testigos a las preguntas 2ª y 3ª de su interrogatorio pueden servir de argumento para justificar la referida causa, ya que ninguna relación guardan con ella": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1265-; "... Que conocida sobradamente la naturaleza del recurso de revisión establecido en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por la reiterada interpretación de este precepto fijada en numerosas sentencias de este Tribunal, la revisión de la prueba practicada en apoyo de los hechos aducidos en su demanda por el actor para alegar la causa 5ª del artículo 3º de la Ley, consistentes en las contestaciones dadas por cuatro testigos a las preguntas 4ª y 5ª de su interrogatorio, no justifica en verdad que la esposa demandada se hallase en ignorado paradero, como consignó el actor, ni la existencia de hechos demostrativos de la culpabilidad de la demanda al ausentarse del domicilio conyugal; y deduciéndose de lo expuesto el recto y racional criterio con que la Audiencia de Valladolid ponderó la prueba articulada por el demandante, lo que excluye en el fallo combatido la concurrencia de la supuesta notoria injusticia que le imputa el recurrente, impónese en su consecuencia la desestimación del recurso entablado por el demandante": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi 1615-; "... Que para que pudiera ser apreciada la alegada injusticia notoria del fallo cuestionado, sería precisa la demostración en autos, de la culpabilidad de la esposa al abandonar el

domicilio conyugal durante un año, según exige la causa de divorcio que se invoca y como quiera que tal elemento de culpabilidad, ha quedado ausente en el procedimiento, al estimarlo así la Sala sentenciadora, en virtud de la lógica argumentación empleada al efecto, no ha podido incidir en la injusticia que se la atribuye y por tanto es improcedente estimar el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1622-.

(415) "... Que el abandono culpable durante un año señalado como una de las causas de divorcio conforme al artículo 3º de la citada ley, necesariamente ha de ser imputable al que no lo comete, sin motivo ni razón suficiente, y constituyéndose en "culpable" de esa conducta tan perjudicial y ofensiva a la armonía y cordialidad que debe reinar entre los esposos, circunstancias que no son de estimar cuando por acuerdo de ambos o mandato del marido se traslada la mujer a la morada de sus padres, y en ningún caso puede invocarse con éxito si por mutuo acuerdo reanudan los cónyuges la vida en común dando por terminada voluntaria y deliberadamente la separación sea cual fuere el tiempo que hubiera durado": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1262-; "... Pero es lo cierto que ni resulta evidenciada la palmaria contradicción entre la resultancia de los autos y la apreciación del juzgador, que sería precisa para dar paso a la revisión, ni siquiera cabe admitir que pudieran ser viables los motivos culposos de divorcio que invoca en su escrito la parte recurrente, ya que... la causa quinta no es estimable, desde el momento que el conjunto de la prueba y especialmente el convenio que los cónyuges celebraron en agosto de 1925 acredita que se separaron de mutuo acuerdo...": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 190-.

(416) "... Que tampoco aparece acreditado que se cometiera injusticia notoria por la desestimación de las causas quinta... igualmente alegadas por el recurrente; porque lejos de existir abandono voluntario del domicilio conyugal por parte de la mujer, se debió, como reconoce la sentencia, a la vida irregular que llevaba el marido, que trajo como consecuencia el convenio y acuerdo mutuo de la separación, con la que no sólo estuvo conforme el marido, sino que al intentar la mujer reanudar la vida conyugal, se opuso aquél a ello de modo absoluto, según aparece plenamente probado en los autos...": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1448-.

(417) "... Que a los efectos del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, para que la injusticia pueda ser calificada de notoria ha de ser patente y manifiesta, según tiene declarado esta Sala en repetidas sentencias; y como la recurrida, al repeler la demanda, estima que no se han probado las causas... quinta..., invocadas por la actora doña M.G., por entender que del documento por el cual el marido don L.V. dió permiso a su mujer para que pueda andar por el mundo a ganar de comer, que sirve de fundamento en la demanda para las tres causas referidas, no se desprende que lo hiciera con el deliberado y doloso propósito de abandonar a la mujer ni a los hijos con olvido culpable de sus deberes y afectos, pues sólo justifica que la separación fue convenida voluntariamente por los cónyuges, aceptada y puesta en práctica por la demandante, la cual abandonó el domicilio conyugal trasladándose a Burgos, y porque apreciada en conjunto la prueba en su relación con los distintos particulares a que tanto la parte actora como la demandada la refieren al justificar sus respectivas pretensiones, no ofrece la de aquélla la necesaria garantía probatoria para decretar el divorcio que solicita, es evidente que esas apreciaciones de la Sala sentenciadora no pueden entrañar injusticia notoria, ya que en efecto, fue la mujer que la que abandonó el domicilio del matrimonio, en virtud del convenio antes expresado, contribuyendo así eficazmente al incumplimiento de los deberes matrimoniales, desamparo y abandono, que ahora alega contra su marido; por todo lo cual resulta procedente la desestimación del recurso, con costas a la que lo interpuso": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1342-.

(418) "... Que con igual acierto desestimó el Tribunal "a quo" la reconvenición formulada por el marido, toda vez que, hallándose apoyada en la causa quinta del artículo 3º de la citada ley, acreditado se halla su falta de fundamento, y que no existió el abandono culpable por

parte de la esposa al trasladarse, con el consentimiento y acompañada de su marido, al domicilio de sus padres para recibir la asistencia que su delicado estado requería y no le era dispensada por su marido ni por la madre de éste, que convivía con ellos": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 779-; "... Que por el contrario, la sentencia recurrida ofrece un estudio plenamente acertado de la prueba practicada y una completa y perfecta apreciación de la misma porque al desestimar las causas... quinta..., puntualiza los motivos jurídicos determinantes de su improcedencia, la... quinta porque la autorización que el marido había otorgado por escrito a la esposa para abandonar el domicilio conyugal y señalándola incluso una ayuda económica, excluye que pudiera después atribuirle abandono... ya que tan fácilmente se desentendía de su cónyuge...": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 96-.

(417) "... Que limitado el presente recurso a discutir la existencia de la causa quinta del artículo 3º de la ley del Divorcio -y no la cuarta, como erróneamente examinó la Sala de instancia, pues no había sido alegada en la demanda- aparece demostrado que la esposa fue quien se resolvió a romper la convivencia matrimonial al separarse del domicilio conyugal para ir a vivir en el de sus padres, con anuencia del marido, que por otra parte mantuvo después ciertas relaciones de comunicación con la mujer y el hijo de ambos, tanto afectivas como económicas, siquiera se reputan insuficientes o debilitadas por el hecho de la separación y los motivos ocasionales del rompimiento": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1684-; "... Respecto de la causa quinta del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, en primer término alegada en su demanda por doña E.M., que, revisada atentamente la prueba que acerca de ella existe en los autos, es palmario que la sentencia recurrida incurrió en la causa 3ª del artículo 57 de la expresada Ley, aducida por don M.C., puesto que cuando los pertinentes elementos probatorios acreditan con relación a la esposa doña E.M. que fue ella la que llevándose a la hija del matrimonio, nacida en el mes de enero, salió del domicilio conyugal el día 10 de julio de 1929 y se trasladó al de su madre, evidente es que no puede imputar a su esposo el abandono culpable de que se considera víctima, previsto en la causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio y que respecto de ella procede estimar el recurso de revisión formulado por don M.C.; y como de aquel mismo hecho pretende deducir por el contrario el señor C. que su esposa está incurso frente a él en esa igual causa quinta del artículo 3º de la Ley que su cónyuge le achaca, y aunque por no haberlo estimado la sentencia impugnada sostiene dicho señor que es injusta notoriamente, la improcedencia de ello se manifiesta, puesto que, sin con motivo de haberse trasladado doña E.M. al domicilio de su madre dejando el de su marido, pactó éste expresamente con ambas, en el documento privado de 9 de julio de 1929 por él reconocido, que hasta que su hija llegase a la edad de tres años, entregarla todos los meses a su madre política la cantidad de 75 pesetas, como medio indudable de que atendiese con ella a la subsistencia de su esposa mientras criaba a la hija del matrimonio, ello demuestra la conformidad de C., con el apartamiento del hogar conyugal de su esposa y no puede ahora alegar que fue abandonado culpablemente por ella": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 471-; "... Que de la prueba practicada, no se desprenden elementos de juicio, que adveren su tesis, respecto al abandono culpable, atribuido al esposo, ya que... no lo supone el hecho comprobado de trasladarse la mujer a casa de sus padres con consentimiento del marido, por carecer éste de trabajo y no poder subvenir a las necesidades del matrimonio...": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1127-

(418) "... Que tampoco logra obtener éxito en lo que concierne a la aludida causa quinta, porque de lo actuado, solo aparece con la debida claridad, que en el año 1926 los cónyuges se separaron, viviendo desde entonces en distinto domicilio, sin que ninguno de ellos haya intentado renacer el hogar común; puesto que lejos de realizar uno u otro, gestiones a tal fin encaminadas, aceptaron de buen grado esta situación de hecho, circunstancias que demuestran el libre consentimiento que animó la separación, revelador de la falta de realidad de la causa quinta de divorcio que se estudia, ya que además no resulta acreditado, de modo que disipe toda duda, si ese estado de "facto" que desde el año 1926 se viene sucediendo obedeció según afirma el esposo, al hecho de haberse negado la mujer a vivir con él, y en compañía de sus

padres o surgió porque el marido la rechazó cuando intentó volver a su lado desde el domicilio de sus padres a donde fue temporalmente, según la misma asevera": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 160--.

(419) "... Que no puede admitirse la existencia de la causa quinta del expresado artículo, que también proponen los dos litigantes porque, aparte de lo contradictorio que resulta la prueba en ese particular, hasta el punto de ser difícil averiguar cuál de los cónyuges fue el primero que abandonó el domicilio del matrimonio, queda desvirtuado el abandono culpable que integra esta causa por la separación libremente consentida que exige la causa duodécima que las partes aceptan": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1582-; "... Que promovido el presente recurso al amparo del número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, por estimar la recurrente que el Tribunal "a quo" ha apreciado con manifiesto error las pruebas practicadas en los autos al desestimar las causas de divorcio alegadas en la reconvencción citada, y examinadas aquéllas, no cabe sino afirmar que la Audiencia no cometió injusticia notoria al desestimar las causas... quinta..., ya que... está... el abandono contradicho por la alegación que la recurrente hizo de la causa duodécima, que fue estimada en el fallo y no se impugna en este recurso...": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 1757-; "... Y tampoco puede prosperar la susodicha injusticia de la incompatibilidad existente entre la causa quinta, de abandono culpable del cónyuge durante un año, con la décimosegunda de separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, toda vez que, estimando sin duda el Tribunal esa incompatibilidad entre las dos causas expresadas, aceptó de ellas sólo la que estimó procedente, y claro es que al no aceptar de igual modo la otra que con ella resulta incompatible, carece de toda virtualidad la argumentación encaminada a demostrar que el fallo comete injusticia en el aspecto que queda dicho; por todo lo cual debe desestimarse el presente recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 512--.

(420) "... Que no pueden ser argumentos estimables para poder demostrar la injusticia notoria que el recurrente atribuye a la sentencia el de que sea preciso demostrar que la propuesta abandonada no consintió el abandono, ya que no hay que confundir el consentimiento como acto volitivo, o de asentimiento, ya sea de modo expreso o tácito, con la forzada resignación que se aprecia en el presente caso, a que tuvo que someterse la esposa por el abandono de su marido al dejarla a ella y a sus hijos para irse a vivir en compañía de otra mujer, como declara el Tribunal como hecho cierto en la Sentencia, en virtud de lo que de la prueba practicada en el pleito resulta...": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 512--.

(421) "... Que los actos en el recurso se señalan como justificativos de abandono culpable, no son sino reveladores de la absoluta incompatibilidad de las relaciones matrimoniales, tan profunda que rompió la paz doméstica y vida común desde hace años; lo cual está además reconocido y ratificado por ambas partes al hacer constar una y otra su radical incompatibilidad, que es lo que constituye la discrepancia objetiva, o sea la causa tercera del artículo 36 de la ley de 2 de marzo de 1932, que como fundamento de la separación de bienes y personas alegó la demandante y estimó la Sala de instancia con indudable acierto, rechazando las demás aducidas por la esposa, y las propuestas para divorcio por el esposo, teniendo en cuenta el resultado de las pruebas practicadas con la fuerza que exige la especial naturaleza de este recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1007--.

(422) "... Que contra la justificación del abandono por la esposa del domicilio conyugal, declarada por la Audiencia para desestimar -ya que no apreció la culpa necesaria- la causa quinta del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 invocada por el marido actor, opone éste al recurrido y en fundamento de la injusticia notoria que aduce la incurrancia de perturbación en las relaciones que pudiera motivar su separación amparada en el número tercero del artículo 36 de la propia Ley, ésta, según dice, elemento exclusivo de capacidad justificadora del abandono, que sin él resulta ilegal y por tanto culpable; pero tales sus afirmaciones claudican si se advierte que no es dable equiparar los conceptos de ilegalidad y culpa con ámbitos diferentes y que la exención de ésta no puede circunscribirse según lo efectúa por

ser posibles muchos casos de inculpabilidad incomprensidos en aquélla; y es por lo dicho invirtual el motivo de revisión de que trata como técnicamente correcta la falta de culpa apreciada, pues la aspiración de la mujer a convivir independientemente con su marido cuando no ocurren particularidades, en éste inexistentes, que permitan o requieran la constante intrusión de familiares, es humana consecuencia del matrimonio": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1150-.

(423) "... Que tampoco incidió la Audiencia en injusticia notoria al no estimar la causa quinta del antes citado artículo 3º, invocada por el actor..., con notorio acierto afirma la Sala que los malos tratos de palabra y de obra inferidos por el marido a su mujer fueron la causa determinante de la falta de convivencia conyugal que obligaron a la esposa a vivir alejada de su marido, y esas circunstancias de hecho, plenamente probadas, no cabe aducir el abandono, que presupone... culpabilidad del cónyuge que lo realiza, lo que no concurre en el caso presente por haber tenido lugar el alejamiento de la esposa de la vida conyugal y la permanencia en ese estado por la coacción y la fuerza empleada por el marido para lograrlo": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1134- "... Y que el abandono, por la mujer, del domicilio conyugal, residencia también de su madre política, tuvo lugar, según recoge la sentencia con recta apreciación de la prueba, por los móviles que la hacían insostenible la vida común y para instar su divorcio cual a poco lo efectuó": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 806-; "... Que tampoco concurren las infracciones acusadas en los restantes motivos; porque para la virtualidad de la causa... quinta del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, no parece suficiente el abandono del domicilio conyugal sin entregar desde que ocurrió, cantidad alguna a la esposa, cuando también consta que conviviente el matrimonio con la madre de ella, se negó la esposa, requerida insistentemente, a seguir al marido y trasladarse a vivir vida independiente, pues quién así procede infringiendo su deber de casada no ha de tenérsela... abandonada": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1886-; "... Que al estudiar -por seguir el orden cual fue interpuesto- el recurso formalizado a nombre de la demandante, se advierte lo razona sustituyendo con su criterio la apreciación de las pruebas efectuadas por el Tribunal sentenciador; y como esto es inaceptable, clara está su desestimación; pero también habría de serlo aunque de este aspecto se prescindiera, pues no es dable entender ocurren las cosas... quinta del artículo 3º de la ley aplicable, cuando consta que la separación del matrimonio se produjo por equívocas particularidades relacionadas, con la esposa, al ser conocidas por el marido, motivaron en éste excusable apartamiento por razones inexplicables en humano proceder excluyentes de culpa": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2195-; "... Que en cuanto a la injusticia notoria fundada en una manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo recurrido, por no apreciar la Audiencia las causas quinta..., alegadas en la demanda..., tampoco se da, porque examinada la abundante prueba practicada, no existe aquella clara y patente contradicción, sino una aplicación recta y moral de la Ley de Divorcio a los hechos litigiosos en relación con el ambiente probatorio de los autos, ya que en éstos se acreditó que ni el abandono de la mujer -causa quinta- fue caprichoso y debido a su sola voluntad, sino ocasionado por los actos del marido a que se hace referencia en el primer Considerando de la sentencia recurrida...": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 82-; "... Empero, que esa pretendida culpabilidad no aparece probada en el pleito ni puede ser inferida, cual el recurrente cree, de los propios razonamientos de la sentencia impugnada, la cual no incurre ciertamente en la contradicción que el recurrente le atribuye, pues no es contrario a las normas de la lógica y a los principios que rigen la Ley de Divorcio el tener en cuenta el hecho (probado por el testimonio de un juicio de faltas) de la agresión de que hizo víctima el marido a su esposa el día anterior al del abandono por ésta del domicilio conyugal, como una de las circunstancias que produjeron el estado de perturbación en las relaciones matrimoniales y que obedeció la actitud de la esposa, y no reconocer, en cambio, a aquel acto de sevicia, trascendencia y gravedad bastantes para decretar el divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1408-.

Cfr. Criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges



en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.

(424) Enmienda de la Srta. Campoamor y otros Sres. Diputados a la causa 5ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión sobre el proyecto de la ley de Divorcio:

Los Diputados que suscriben tienen el honor de proponer a las Cortes la siguiente enmienda al artículo 3º del dictamen de la ley de Divorcio:

La causa 5ª del artículo 3º deberá quedar redactada de la siguiente forma: "El abandono culpable del cónyuge durante seis meses".

Palacio de las Cortes, 4 de Febrero de 1932. Clara Campoamor.- Gerardo Abad Conde.- Carlos Blanco.- Melchor Marial.- José Domínguez Barbero.- Manuel Torres.- Eloy Vaquero.-: DIARIO DE SESIONES, APENDICE 6º AL NUM. 111.

Leída por segunda vez en la sesión celebrada el día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, la Srta. Campoamor razona el porqué de su enmienda:

"... Dice el dictamen que es causa de divorcio el "abandono culpable del cónyuge durante un año". Ciertamente que es indispensable una reiteración de alguno de los hechos que constituyen causa de divorcio, y yo quiero llamar la atención, muy brevemente y con muy contadas palabras, acerca de que el plazo de un año como abandono de la familia, es excesivo. El abandono de la familia reviste los caracteres de un delito social. Naturalmente, que no puede aspirarse a que sea penado en el momento en que se produce, como lo es todo delito; pero sí es justo marcar un plazo prudencial a la reiteración de este delito, porque someter a una familia, a una mujer, a la necesidad de que dure este abandono culpable nada menos que un año, durante el cual puede ocurrir una verdadera catástrofe, porque pueden morir los hijos hasta de hambre o por falta de asistencia, ese plazo de tiempo de un año me parece excesivo. Por ello llamo la atención de la Comisión y, si es cierto que en seis meses pueden producirse los mismos fenómenos, por lo menos se habrá acertado a un plazo prudencial algo tan grave como el abandono culpable de la mujer y de los hijos. No quiero cansar la atención de la Cámara con escarceos oratorios y termino rogando únicamente a la Comisión que examine si esta enmienda puede o no ser aceptada, ya que es un hecho tan característico de violación de los deberes matrimoniales por parte del hombre o de la mujer, el abandono culpable durante seis meses, que es plazo suficiente para demostrar la reiteración del cónyuge que incurre en un delito".

Para contestar a la Srta. Campoamor en nombre de la Comisión que ésta no puede aceptar su enmienda toma la palabra el Sr. Villanueva:

"... Confunde S.S. lo que habíamos dicho nosotros antes respecto al abandono, en cuanto a su parte económica y a su parte moral. La Srta. Clara Campoamor se refería a la falta de sostenimiento del hogar, al desamparo de la familia, y ésta fue una de las causas del artículo 3º que había sido aprobada, en el cual no se exige tiempo de ninguna clase. Yo lo determinaba en el voto particular que fuese reiterado, pero la Cámara ha considerado que basta un solo acto, dos o tres, pero sin justificación de tiempo, para que se verificase el divorcio. Ahora, respecto al abandono moral siempre y cuando fuese culpable, creo que es poco tiempo el de seis meses. Por eso hemos determinado una escala respecto a un año cuando existía el abandono culpable, dos años cuando es la ausencia y tres años cuando es la separación de hecho".

Al ruego de la Srta. Campoamor para que la Comisión aclare cuál es, en su concepto, el abandono culpable, contesta de nuevo el Sr. Villanueva:

"... Por ejemplo, el abandono culpable, el desamparo es lo siguiente: Un cónyuge puede marchar, pero sin embargo, sostiene el hogar; puede marcharse sin contar en absoluto con la mujer y enviarle determinada cantidad para el sostén del hogar. El desamparo moral de la familia continúa, pero el marido se fue por tiempo determinado y, claro, aquí está incurso en esta causa, que es distinta de la número 4, que es el desamparo económico, y por eso hemos separado los dos: el desamparo económico, que comprende el número cuarto y otro, el desamparo moral, comprendido en el número quinto. Así es como lo interpreta la Comisión".

Al ruego de la Comisión la Srta. Campoamor retira su enmienda, quedando aprobada la causa 5ª: DIARIO DE SESIONES, Tomo VI, págs. 3700-3701.

Al estudiar la delimitación del concepto de "desamparo" veíamos ya la inadmisibilidad de la tesis jurídica que considera que esta causa de divorcio o separación en su caso se refiere "al desamparo de la familia en el aspecto económico": el abandono del cónyuge, en cuanto tiene relación con el aspecto moral, puede estar incluido, decíamos, en la parte de falta de amparo:

Se veía cómo la diferencia entre una y otra causa se refería al siguiente aspecto: Mientras que, en lo relativo, hay, como hemos visto, una referencia a los deberes del cónyuge, en el desamparo hay una falta que no tiene esa concreción de la circunstancia 5ª, sino que se refiere, de una manera genérica, al incumplimiento de la obligación con relación a la familia, a los hijos, es decir, a la falta de asistencia, a la falta de protección, a la falta de medios económicos con que la familia pueda contar: estudiaremos también en su momento esa recta interpretación de la causa 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio.

(425) Puede verse, en este sentido, la ST. T.S. de 14 de Marzo de 1935 -R.J. A. 1935, Nº 611, págs. 265-266-: El marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal "a quo" que decreta la separación de personas y bienes, entre otras, por la causa 5ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, en relación con el número 2º del artículo 36 de la citada ley, invocada por la esposa como fundamento de su demanda, siendo estimado por el Tribunal Supremo por no haberse alegado en tiempo y forma esta causa:

"... Que al afirmar la parte actora en el hecho décimo tercero de su demanda que formulaba contra su marido la separación de personas y bienes fundada en las causas 4ª, 7ª y 8ª y "muy pronto transcurrido el año" en la causa 5ª del artículo 3º de la ley de 2 de Marzo de 1932, reconoció de un modo paladino que por no hallarse aún la acción dimanante de la citada causa 5ª en su patrimonio jurídico el día 14 de Junio de 1933, cuando presentó y fue repartido al Juzgado de Primera Instancia correspondiente de Barcelona su escrito iniciador del pleito fechado el 10 anterior, era notorio que no podía promover ni ejercitar en él la acción conducente a lograr la efectividad de un derecho que no poseía, ni pedir con precisión respecto de él, ni por lo tanto era posible estimar más tarde incorporado al pleito el ejercicio de tal acción puesto que, habiendo tenido el Juez por presentado aquel escrito con los documentos acompañados y por promovida la demanda de separación a que se refieren en providencia del 16 de Junio de 1933, y no existiendo en el procedimiento del juicio de menor cuantía al que por ministerio de la ley ha de ajustarse la tramitación de las demandas de separación y de divorcio, momento procesal alguno en que el actor o el demandado pudieran modificar los puntos de hecho que hubieran consignado en la demanda y contestación, ni ampliar el demandante su demanda excepto de algún hecho de influencia notoria en la decisión del pleito, claro es que la Audiencia de Barcelona no debió tener por ejercitada en tiempo y forma la acción derivada de la causa 5ª del artículo 3º de la ley de Divorcio a que la parte actora aludió en el hecho décimo tercero de su demanda, y que al presuponer lo contrario para apreciarla en su sentencia incidió el Tribunal "a quo" en la causa 3ª del artículo 57 de la referida ley, invocada por don S.I. en su recurso y procede por ello estimarle respecto del pronunciamiento del fallo que acoge en contra del demandado la precitada causa 5ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932".

(426) "... Que por lo que se refiere a la condición del tiempo, es inaceptable la tesis del recurrente según la cual el plazo de un año, señalado en la Ley, ha de computarse, en el caso de autos, en relación con la fecha en que se formuló la reconvencción y no con la de la demanda, pues se olvida, al razonar así, que por la interposición de la demanda, aún sin estar constituida la litis, queda ya interrumpido el deber de convivencia entre los cónyuges": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1408-

(427) "... Que, alegada también en el recurso de injusticia notoria por apreciar la sentencia la causa quinta del artículo 3º de la ley del Divorcio, es forzosa la declaración del error en que ha incidido el Tribunal "a quo" al fundar su fallo en dicha causa, pues, aparte de no haber sido propuesta concretamente en la demanda, es lo cierto que de autos aparece que a la fecha de su interposición no había transcurrido un año desde el día en que se afirma haber dejado el marido el domicilio conyugal; exigencia del plazo impuesta por la citada causa para que el abandono sea jurídicamente motivo de separación o divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 616-

(428) "... Que entablada la revisión al amparo de la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio por estimar la esposa recurrente que la Audiencia de Bilbao incurrió en notoria injusticia al decretar la separación de personas y bienes de los cónyuges estimando probados los hechos integrantes de la causa quinta del artículo 3º de dicha ley, alegada por el esposo demandante; y analizando todos los elementos probatorios aportados al juicio, dirigidos a concretar la causa discutida en este trámite, es preciso reconocer el grave error del Tribunal "a quo", pues aparece de cartas reconocidas por sus firmantes, dos entre ellas de la propia recurrente fechadas en 22 de Agosto y 31 de Octubre de 1931 y las restantes fechadas por sus suscribientes en 26 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1931, las reiteradas gestiones realizadas por la esposa cerca de su marido, ya directamente o por mediación de otras personas, para que la permitiera reintegrarse al domicilio conyugal, cuyas gestiones no dieron resultado favorable por la negativa del esposo, que no puede justificarla por sólo su afirmación de condicionar la esposa su pedimento con algo para él inadmisibles, extremo que ninguna otra prueba corrobora y que debió probar él plenamente, pues es error de la Sala sentenciadora el atribuir a la esposa la obligación de probanza de un hecho negativo como el de no haber condicionado su reintegro al hogar familiar; y por todos estos hechos, aun en el caso de que la esposa se hubiere ausentado sin causa legítima el día 17 de Agosto de 1931, habiendo comenzado a gestionar su vuelta al hogar desde cinco días después, está claro que el plazo transcurrido desde sus rechazados requerimientos no cuenta para integrar el plazo de un año que la ley exige como requisito esencial de la causa quinta apreciada por la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 44-.

(429) "De los depósitos de las personas": Libro III, Título IV, artículos 1880-1918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según su redacción originaria.

(430) "... Que, alegada por una y otra parte como motivo de divorcio la causa quinta del artículo 3º de la ley de 2 de Marzo de 1932, y habiendo sido estimada en el fallo de la Audiencia la propuesta por la esposa demandante, y rechazada la que el marido alegó por reconvencción, se interpuso por éste el presente recurso, al amparo de la causa 3ª del artículo 57 de dicha ley, por estimar que la Sala sentenciadora incurrió en notoria injusticia al hacer aquellas declaraciones; y apreciando, por la afirmación que en la demanda se hace, a cuyo extremo prestó su conformidad el demandado, que en uno de los últimos días del mes de mayo de 1930, fue cuando tuvo lugar la separación de los cónyuges, bien porque el marido expulsara del domicilio conyugal a su esposa, o porque ésta se marchara voluntariamente de él, particular que, por lo contradictorio de la prueba, no aparece suficientemente claro, es lo cierto que en 16 de julio del mismo año se constituyó el depósito judicial de la esposa, con fijación de alimentos, y fue ratificado en 30 del propio mes y año; situación de derecho que hace que el tiempo en que se ha mantenido no sea computable en el plazo de un año que la causa quinta exige para que pueda ser apreciada como motivo de divorcio, todo lo cual hace ver el error de la Sala sentenciadora al acoger dicha causa alegada por la esposa y la justificación con que procedió al rechazarla como aducida por el marido"; Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1825-.

(431) "... Que sin necesidad de penetrar en las causas subjetivas y en las circunstancias episódicas que impulsaron al marido a desertar del hogar conyugal, está documentalmente demostrado que antes de transcurrir el año, computado a partir del día en que tuvo lugar el abandono, la esposa solicitó y obtuvo, en vía judicial competente, su depósito provisional como diligencia previa a la interposición formal del divorcio canónico, en cuya situación continuaba al tiempo de promoverse este litigio transformando así, con el ejercicio de un derecho que la ley le atribuía, el estado normal provocado por el marido, en otro procesal y creador de positivas fuentes de obligaciones jurídicas para ambos cónyuges, con tutelas eficaces, cuya virtualidad detiene los efectos materiales de la causa quinta del artículo 3º de la ley de régimen que requiere la continuidad ininterrumpida del abandono arbitrario hasta el día "a quo" del término de decadencia, plazo que aquí ha quedado truncado por la interferencia de un acto obstativo, imputable a la mujer casada que en su provecho invocaba precisamente la causa aquella": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 439-.

(432) Cfr. artículo 1890 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, según su redacción originaria: Este tema será objeto de estudio cuando se analice la causa doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio.

(433) "... Que de toda la prueba practicada en estos autos solamente aparecen como hechos ciertos, los siguientes: Primero: Que a los cuatro meses de efectuado el matrimonio, el 2 de abril de 1932, la demandada salió del domicilio conyugal para trasladarse al de su padre; segundo: Que al día siguiente solicitó el depósito de su persona al objeto de entablar demanda de divorcio, depósito que se llevó a efecto el 15 del mes y año citado con los apercibimientos legales del artículo 1890 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y tercero: Que entre los esposos se convino, cartas de 9 y 10 de mayo del propio año, que el marido no reclamaría que la esposa se reintegrara al domicilio conyugal usando de medidas de violencia y que ella no solicitaría alimentos mientras durase el estado de separación. Que dados los anteriores hechos que el Tribunal de instancia estima rectamente probados, es evidente que no existió el error patente y palmario en la apreciación de la prueba exigida por la jurisprudencia, así como tampoco infracción legal alguna al no aplicar la causa quinta del artículo 3º, abandono culpable del cónyuge durante un año, de la Ley de Divorcio, como entendió atinadamente la Sala, porque al abandonar la esposa el domicilio conyugal lo hizo ejercitando un derecho del que no se podía privar, además porque transcurridos los 30 días del depósito sin haber la mujer entablado la demanda de divorcio, el marido no hizo uso de los medios legales que a su alcance tenía para que cesase el estado de separación, y por último porque esa separación fue consentida y convenida por ambos cónyuges": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1525-.

7.6.4. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquellos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite (434): De ahí que no pudiera tener aplicación esta causa si las partes no hubieran fundado en la misma su acción (435).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se propugna sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (436), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvencción como causa del divorcio o separación por ella interesado la quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, determi-

nando y concretando en los hechos de su demanda o reconvencción los hechos determinantes de la culpa motivadora del abandono del cónyuge a quien se le imputa, pues el respeto a este principio enjuiciario 'no permite' que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular en el pleito ninguna prueba dirigida a demostrar un supuesto abandono culpable cuya realización no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvencción.

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción constitutivos del abandono culpable del cónyuge a quien se le imputa:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción constitutivos del abandono culpable del cónyuge a quien se le imputa durante un año.

La apreciación de esta causa de divorcio o separación por los Tribunales implica, pues, la necesidad de demostrar cumplidamente por quien la alega la existencia y realidad de los hechos constitutivos del abandono culpable del cónyuge a quien se le imputa durante un año, es decir, la culpabilidad del cónyuge a quien se le imputa el abandono de la familia, así como que transcurrió el plazo de un año que la Ley exige como condición que matiza el abandono previsto en la citada causa (437).

---

(434) Cfr. criterio interpretativo de las causas de divorcio y separación, en NOTA 310 de la tesis.

(435) "... Que fundada la demanda en las causas 4ª y 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, sin que el marido en su reconvencción alegara causa alguna, limitándose a invocar la culpabilidad de la mujer caso de admitirse el divorcio por ella solicitado y desestimándose por la Audiencia en su fallo la causa 4ª, admitiendo únicamente la doce, fallo con el que la demandante se conformó, es evidente que no puede legal ni procesalmente el marido fundar su recurso de revi-

sión en el abandono culpable de la mujer, objeto de la causa quinta de aquel artículo 3º que nadie invocó en el juicio, sin además combatir la existencia de la causa 12ª, fundamento exclusivo del fallo recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1789-; "... Que al no apreciar la reconvencción formulada por el esposo, la Audiencia se ajustó a lo que legalmente era procedente, calificándola de excepción, dado que en lo que se llama por el recurrente reconvencción no se pidió ni separación ni divorcio, sino que se limitó a requerir que se estimara incurso a su esposa en la causa quinta del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 al sólo fin de negarla acción, por creer, con manifiesto error, de ajuste al caso, el artículo 5º de la propia ley, el cual es inaplicable por no ejercitar la actora su acción de separación o divorcio con base en el propio abandono que le imputa su consorte, sino al amparo de la causa duodécima acogida en la sentencia de que se recurre": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1819-.

(436) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(437) "... Y por lo que se refiere a la razón en que el Tribunal se funda para rechazar las causas cuarta y quinta estimando que no concurren por el hecho de que al hallarse la esposa y su hija viviendo con los padres de aquélla no puede admitirse que al separarse el matrimonio quedaran una y otra en estado de desamparo, tal teoría hay que rechazarla en cuanto se refiere a la quinta, porque el abandono culpable del marido en este caso resulta evidenciado de la prueba practicada, de modo que no puede afreecer duda alguna la existencia de esa causa, que nace de actos de la exclusiva y libérrima voluntad del marido sin dependencia ni condicionalidad con relación a lo que terceras personas puedan realizar en remedio o reparación del abandono en que la esposa quedó al alejarse aquél del domicilio conyugal y romper con ella todo trato o relación; y de ello se desprende que al sostener el criterio que sirve de base en la sentencia para desestimar esta última causa de divorcio invocada en su favor por la demandante, el Tribunal "a quo" ha cometido la injusticia notoria que sirve de fundamento a este recurso; ya que no puede estimarse acertada la apreciación de la prueba que el Tribunal hace manifestar como declaración de hecho que por causas no bien determinadas se separó el matrimonio, cuando lo que aparece claramente justificado es que en las horas de la madrugada del 30 de noviembre de 1928 el demandado abandonó el domicilio conyugal, llevándose la casi totalidad de los muebles de la casa con la ayuda de un amigo suyo, sin haber vuelto más a ella ni prestado a su mujer la atención y ayuda a que estaba obligado como esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1498-; "... Que los documentos aportados al pleito, de la confesión judicial de ambos cónyuges y de la prueba testifical practicada se deduce que desde el día 30 de mayo de 1930, en que el marido, demandado, abandonó la casa donde aquéllos vivían, por causas de tan escaso relieve que apenas se pueden parangonarse con la importancia del vínculo matrimonial, hasta el 23 de mayo de 1932 en que se redactó la demanda, la esposa no ha recibido auxilio alguno del marido, demandado, persona acomodada y no incapacitada para el trabajo, ni fue objeto de la atención y solicitud que, como padre de la niña Julia, nacida en 22 de abril de 1929, podrá exigir del esposo y padre respectivo, y antes al contrario, don Julio A., una vez provocada la separación de hecho, ha permanecido en voluntario alejamiento de su esposa, sin poner en juego la autoridad y los medios que la legislación, entonces vigente, le conferían para restablecer la vida común, ni haber manifestado su voluntad de reanudarla con hechos o palabras adecuadas a la seriedad y transcendencia del asunto, ha evidenciado un desafecto que se refleja en los detalles de la prueba por ambos propuesta, ha evitado o desatendido el trato con su mujer, no obstante vivir en la misma ciudad y ha acreditado por su conducta, no sólo la intención de sustraerse a los deberes de orden superior que el matrimonio impone, sino también al cumplimiento de las obligaciones de orden económico y de perentoriedad inexcusables, en términos que deben traducirse como abandono culpable": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1499-; "... Que en lo atinente a la causa quinta del repetido artículo 3º de la ley formulada en su reconvencción por doña Luisa M., que el cuidadoso examen de las pruebas practicadas realizado en méritos de recurso de revisión por ella entablado pone de relieve que, el señor L. por apreciación puramente subjetiva suya acerca del hecho de que a raíz de ausentarse de España prescindiese su esposa de aceptar en

Barcelona la intervención en su ayuda de determinada persona afecta a su esposo para buscar una colaboración que la permitiese mantenerse con su hija, por hallarse ya dispuesta a hacerlo otra distinta, se enojó con doña Luisa de tal suerte, que considerándose desligado para con ella de cumplir los deberes y obligaciones que a los cónyuges imponen de consuno la ética y la ley, a su regreso a Barcelona a primeros del año 1930 deliberadamente dejó de visitar a su esposa, a la sazón enferma en el Hospital Militar de dicha ciudad, del que salió el día 23 de Abril, y no satisfizo tampoco las estancias en él de su cónyuge, que dejó a cargo de un hijo de ambos, Teniente del Ejército, ni proporcionó en ninguna ocasión desde el extranjero o en España, incluso durante el tiempo que fue Capitan General de Cataluña, cantidad alguna a su esposa, según confesión del demandante corroborada por el resto de la prueba; acreditando igualmente la practicada que por invitación del señor L., mediante una tercera persona, a que doña Luisa M. abandonase Barcelona y se fuese a vivir donde quisiera, hubo de trasladarse a Madrid al domicilio de un tío carnal suyo, Coronel del Ejército, retirado, el cual se vió obligado a hospitalizarla de nuevo en el Militar de Carabanchel para que sufriese una intervención quirúrgica, en cuya ocasión se negó de nuevo el señor L. a satisfacer las estancias causadas por su esposa en dicho establecimiento, que hubo de abonar su citado pariente que la había acogido; y como las indicadas acciones y omisiones del señor L., cumplidamente acreditadas en los autos, evidencian que, a partir de su impensada salida de Barcelona, la desatención para con su esposa trascendió de la esfera espiritual a la de esos hechos demostrativos de su voluntad manifiesta de omitir en adelante cualquier clase de ayuda y protección material y moral a quien libremente eligió para esposa y madre de sus hijos, y de su deseo de apartarla cada vez más de sí para desvanecer el recuerdo de su existencia, indudable es que al no haberse apreciado por la Audiencia de Barcelona la concurrencia en contra del demandante en el pleito de la causa quinta del artículo 3º de la ley incurre la sentencia impugnada en el motivo de revisión previsto en el número tercero del artículo 57 de la misma, y en su consecuencia decretar, con arreglo a aquella, el divorcio de don Eduardo L. y doña Luisa M., declarando culpable de él al marido; porque ni las molestias o resquemores existentes entre los cónyuges antes de la imprevista fuga del esposo del hogar común, que no habían determinado el rompimiento entre ellos de la vida conyugal, ni los pretextos que adujo el marido para no atender a la esposa en sus enfermedades pueden servir de excusa al abandono culpable en que la tenía en lapso superior a un año al presentar la demanda": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1753-; "... Que si la injusticia notoria es, como viene declarando esta Sala, una patente y manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo, o una evidente equivocación en la aplicación de los preceptos de la ley de Divorcio, en el presente caso procede estimar aquella injusticia en la sentencia recurrida, porque si, alegada por el marido en su demanda de divorcio, entre otras causas, el abandono culpable de la mujer durante un año, y citada la mujer por edicto por ignorarse su paradero, no comparece en juicio y tres testigos, sin tacha, mayores de edad, aunque, como dice la Audiencia, no se precisa ésta, están conformes en la certeza de que en el año 1909 el marido se enteró de que su mujer ejercía en Zaragoza la prostitución clandestina, abandonando ella en tal fecha el domicilio conyugal, al saber que su marido había descubierto su inmoral conducta, quedándose el marido con los cuatro hijos, constándoles sus afirmaciones por conocer al marido a su familia, y la certificación del Secretario del Ayuntamiento de Zaragoza, acredita que en 1908 el matrimonio vivió unido con sus hijos, y en 1910 la mujer no figura ya en el padrón familiar, y en carta del hermano de ella, de 4 de junio de 1924, acompañada con la demanda y dirigida a un amigo del matrimonio, se expresa que "en cuanto al desdichado asunto de Asunción, hace más de siete años que no he visto a mi hermana y cerca de tres que no se noticias suyas...., en 1921 me volvió a escribir de París, participándome que volvía a la Argentina, que es donde supongo tiene su residencia", todo ello es suficiente prueba, a los efectos del divorcio, para estimar acreditada aquella causa quinta del artículo 3º, y al no hacerlo la sentencia recurrida, incide en notoria injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1774-; "... Que en cuanto hace referencia a la causa quinta del ya citado artículo 3º de la repetida Ley de Divorcio, esto es, el abandono culpable del cónyuge durante un año, aunque aparezca acreditado que por mutuo acuerdo de los cónyuges se fue la esposa a casa de su madre mientras el marido



marchaba a hacer un viaje en busca de negocios que le permitiera desenvolver económicamente su vida, esto ha de entenderse que necesariamente constituía un interregno o menos duración pero siempre con un carácter de interinidad, en tanto que se encontraban esos medios económicos, pero si en lugar de volver dentro de un plazo prudencial a la reanudación de la vida común, el marido deshizo el hogar matrimonial enviando a su esposa los muebles y ajuar de su pertenencia y al regresar de aquel viaje lejos de unirse con su mujer permaneció alejado de ella como se reconoce por el Tribunal "a quo" en el tercer considerando de la sentencia recurrida, y transcurrió más de un año en esta situación sin que se preocupara de cumplir ningún deber de los que como esposo le correspondía, esta conducta se debe reconocer que entraña la concurrencia de la causa quinta del artículo 3º de la tan repetida ley de los efectos de su estimación": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1138-; "... Que la simple lectura de las cartas y telegramas presentados por la actora con su demanda revela la realidad de la fuga del esposo del domicilio conyugal hace diez años, hecho del que ni siquiera se disculpa y menos justifica, pero que trata de explicar y apoyar en su deseo de recobrar su libertad, lo cual constituye claramente el abandono culpable, quinta de las causas de divorcio que establece el artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932; y al no haberlo entendido así la Sala de instancia, no obstante la evidencia del hecho, ha cometido en su fallo la injusticia notoria alegada por la recurrente al amparo del número 3º del artículo 57 de la citada ley, que hace obligada la revisión de la sentencia y la declaración del divorcio por la causa dicha": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1618-; "... Que la representación que recurre funda su tesis, sustancialmente, en que, probado como está, tan solo que la esposa salió de la casa diciendo que iba al pueblo donde el marido estaba pasando una temporada, y llevándose su equipaje, como quien va a emprender un viaje, no puede deducirse de este simple hecho la intención de la esposa de abandonar al marido; mas contra tal argumentación se ha de observar primero: Que la premisa de hecho que se sienta no está, en realidad, averada por la prueba practicada, ya que, lo que han afirmado los testigos presentados por la parte actora es que los dos meses y medio de contraer el actor matrimonio con la demandada, "huyó" ésta de su domicilio conyugal, "aprovechándose" de que el marido se encontraba de viaje en su pueblo natal, circunstancias éstas que implican, no una vulgar y justificada ausencia, sino un verdadero y culpable abandono del hogar conyugal; segundo: Que aunque en la demanda se relate, efectivamente, que la esposa del demandante dijo a la portera, al marcharse, que iba a reunirse con su esposo, no es justo tomar de las alegaciones del actor este elemento aislado y no los demás contenidos en la exposición de hechos de su escrito, tales como el de que la mujer del actor, después de ocultar a éste el hecho de haber tenido un hijo estando soltera observaba una conducta dudosa y equívoca, y el de que al regresar el actor a su domicilio se encontró, no sólo con la desaparición de su esposa, sino también con la falta de cuantos muebles de algún valor había en la casa. Que, por lo expuesto, no cabe apreciar en el fallo recurrido el palmario y flagrante error, de "facto" o de "jure", que habría de concurrir para hacer eficaz el juego de un recurso de ámbito tan limitado como el de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 244-; "... Que desprendiéndose de la prueba practicada, como hecho indudable, que el marido demandado abandonó el domicilio conyugal en el año 1927, sin que conste que la mujer diera motivo alguno para que aquél adoptara esa determinación, ni se sepa cuál sea su paradero, ... ello es ya bastante para que proceda reconocer la causa quinta de la Ley de Divorcio, con culpabilidad del marido que de tal modo procedió; y al no hacerlo así la Sala sentenciadora, incurrió en la injusticia notoria que como causas de revisión se ha alegado: debiendo por tanto estimarse el recurso y declarar que ha lugar a la revisión solicitada": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 431-; "... Que interpuesto el presente recurso al amparo del número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, y probado en autos que la esposa demandada se fugó del domicilio conyugal en el mes de febrero de 1930, al que no se reintegró no obstante la invitación que a los pocos días le hizo a tal fin su esposo y sin que haya el más pequeño indicio de motivo o razón justificativa de conducta tan opuesta a la convivencia matrimonial, pues la demandada al permanecer en constante ausencia del procedimiento a pesar del debido emplazamiento, y no comparecer a prestar confesión para la que fue

dos veces personalmente requerida, dejó voluntariamente sin excusa ni justificación su anormal proceder integrador de la causa quinta del artículo 3º de la ley citada, es obligado declarar la procedencia del recurso y la revisión de la sentencia de instancia decretando el divorcio por la expresada causa quinta que por ser subjetiva es de preferente estimación a la duodécima apreciada por la Sala "a quo": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 584-; "... Que el hecho segundo de la demanda, combinado con la confesión judicial del demandante y los datos de la prueba testifical acreditada cumplidamente que la separación de hecho de los cónyuges fue reiteradamente debida, no a los estímulos de un consentimiento libremente prestado por ambos esposos, sino al abandono arbitrario del marido, imputable a éste en razón de su propia culpa y contra la expresa voluntad de la mujer, por lo cual es evidente que hallándose en plena integración la causa quinta del artículo 3º de la ley del Divorcio, invocada por la esposa en su reconvencción, cuyo rigor jerárquico de culpabilidad excluye la duodécima que alegó el cónyuge en la demanda, por ser de discrepancia objetiva, debe prosperar el recurso de revisión dada la injusticia notoria de la sentencia de instancia al desconocer el resultado palmario de la prueba": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 634-; "... Que de la clara y sucinta exposición de los hechos y alegaciones jurídicas formuladas en el demanda y de la unánime y contexta prueba testifical practicada no solamente se deduce que a partir del año 1921 "ni el propio marido ni los familiares ni amistades de la esposa se han vuelto a tener noticias de ella ni de su existencia a pesar de la insistentes y continuadas gestiones realizadas en tal sentido", sino que aparece demostrado con parecida evidencia que la esposa había vendido la totalidad de los muebles y enseres, por lo que le hacían "grandes comentarios en la vecindad" y aunque no se conceda decisivo valor a la declaración de un testigo sobre la ausencia de la señora L. con determinada persona que la había acompañado en diferentes ocasiones y su probable residencia en La Habana, es lo cierto que la cuestión litigiosa más bien que ser contrada y examinada con referencia al contenido de la referida causa sexta, como lo hizo la Sala de instancia, debió ser resuelta en atención a lo alegado y probado en primer término como abandono culpable por la esposa del domicilio conyugal y de la misma ciudad de Madrid, durante mucho más de un año": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1233-; "... Que las demás alegaciones del presente recurso, limitanse a impugnar la apreciación de prueba realizada por el Tribunal sentenciador sin demostrar la injusticia notoria en que éste haya podido incurrir, puesto que la declaración de la testigo doña C.S., en la que tanto hincapié hace el recurrente, no desmiente ni contradice el abandono conyugal que la Sala atribuye al marido, y que lo mismo se dá en la hipótesis de haber dejado éste el domicilio conyugal que tenía en Barcelona, trasladándose directamente a Madrid, como en el supuesto de haberse instalado, de momento, subrepticamente, en otra casa de Barcelona, diciendo que se marchaba a Madrid y que cuando estuviese aposentado llamaría a la familia": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1860-; "... Que legándose por el marido en su demanda de divorcio como única causa la quinta del artículo 3º de la Ley, o sea el abandono culpable de la mujer durante un año, y emplazada ésta por edictos por ignorarse su paradero, fue declarada en rebeldía al no comparecer dentro del término señalado, siguiendo el pleito su curso, en el que cuatro testigos, después de reconocer que la demandada era una mujer frívola, "a la que habían visto acompañada de individuos en actitud no muy digna", afirman de ciencia propia, por conocimiento personal de los hechos, que el 13 de febrero de 1925 la mujer desapareció de Barcelona, realizando el marido gestiones en su busca dando cuenta a la Jefatura de Policía, sabiéndose que marchó con rumbo desconocido en compañía de un hombre cuyo trato frecuentaba, de los días que precedieron a su desaparición, según les vieron dos de los testigos, y ni la circunstancia de que éstos sean 3 de ellos familiares del marido, ni el haberse publicado los edictos emplazando a la demanda, únicamente en el "diario de Avisos" y en el "Boletín Oficial" de la provincia, pueden ser razones suficientes y únicas para no creer en el alegado abandono y desestimarlos, ya que en cuanto a los testigos la Ley de Divorcio admite expresamente en su artículo 51 a los parientes y domésticos de los esposos, teniendo en cuenta el legislador que la mayoría de las causas de divorcio por su carácter íntimo y secreto, sólo con ellos pueden acreditarse y respecto a la publicidad de los edictos se cumplió con el artículo 269 de la Ley de Enjuicia-

miento civil, aplicable a los juicios de menor cuantía por el 683 de la misma, y por tanto a los divorcios, y al razonar lo contrario la Audiencia, rechazando la causa expresada de divorcio, cometió la injusticia notoria que en el recurso se alega por la manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1371-; "... Que la injusticia notoria del fallo la estima el recurrente... por dar lugar a la reconvención apreciando las causas alegadas 4ª, 5ª y 8ª, y si bien las pruebas practicadas, cuyo examen se efectuó con toda minuciosidad, no acisan con las características requeridas por la Ley de concurrencia de las 4ª y 8ª, ello es que la quinta tiene en autos una constancia manifiesta traducida en el alejamiento voluntario y prolongado del recurrente de su esposa durante años sin intentar recogerla de la casa de sus familiares y en los últimos tiempos de la en que vivía sola, y por el contrario rehuendo todo trato con ella, no obstante ésta haber gestionado en distintas ocasiones restituirse al hogar conyugal, al revés de la actitud del actor, que nunca la instó a ello, lo que evidencia es el propósito consciente y deliberado en él de apartarle cada vez más de sí, y con ello integrada la referida causa 5ª del artículo 3ª, que excluye la duodécima alegada por el recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1377-; "... Que basado el recurso de revisión promovido por la actora, en que la Sala de instancia desestimó la demanda por no resultar acreditados los hechos fundamentales de la misma, esto es, las causas de divorcio alegadas, el estudio atento y detenido de las pruebas ofrecidas advierte el error en que dicho Tribunal incurrió, porque de las declaraciones de los testigos sin tacha J.R., T.B.G., L.D.G. y M.A.T., se patentiza que el demandado desapareció en cierto día del año 1919 del domicilio conyugal, sin preocuparse para nada de su esposa e hijos, uno de éstos afecto de enfermedad constitucional que lo inutiliza totalmente para el trabajo; no habiéndose cuidado en ningún momento de ellos, ni de acudir a remediar tantas necesidades como han experimentado, pues sólo la actora pudo afrontarlas muy penosamente con el producto de su trabajo personal y a costa de grandes sacrificios. Que la causa quinta del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 está integrada por el abandono culpable del cónyuge durante un año, ... y el abandono se muestra evidenciado de la prueba, nacido de actos de la libérrima voluntad del esposo de los que y por su continuidad no interrumpida en tan largo lapso de tiempo llegó incluso a ignorarse hasta hoy su paradero, con deserción de todos los deberes, lo cual demuestra cumplidamente la culpabilidad del abandono. Que al no estimar la Sala sentenciadora la aludida causa quinta del artículo 3º de la ley de trámite incidió en la injusticia notoria que menciona la causa 3ª del artículo 57 de la propia ley y debe estimarse el recurrente y revisarse la sentencia dando lugar al divorcio por culpa del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1562-.

7.7. "La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código Civil": Causa sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio (438).

7.7.1. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación: la causa sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio es una causa "sine culpa", que tiene como matiz característico y condición inexcusable la previa declaración judicial del estado de ausencia sin otra clase de complemento probatorios y desligada, por tanto, en el proceso de todo matiz de culpabilidad, ya que en la citada causa la falta de culpa o malicia puede concurrir con la carencia de noticias y no hay ocasión procesal para poner de relieve la intención dolosa del ausente (439).

---

(438) Causa 6ª del artículo 3º del proyecto de ley de Divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Esta causa 6ª del artículo 3º del dictamen fue aprobada sin modificación alguna en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUN. 113- (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3702).

Sobre la regulación legal del estado de ausencia, véase el título VIII del Libro I del Código Civil, teniendo en cuenta que esta materia fue profundamente modificada por la Ley de 8 de Septiembre de 1939, que dió nueva redacción a este título VIII del Libro I del Código civil, algunos de cuyos artículos fueron posteriormente nuevamente redactados por las leyes de 24 de Abril de 1958 y 2 de Mayo de 1975; asimismo, véase el título XII del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil, teniendo en cuenta igualmente que por ley de 30 de Diciembre de 1939 se adaptó a la nueva redacción del título VIII del Libro I del Código Civil.

(439) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1408-, 23 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 244-, 13 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1233- y 11 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1560-.

7.7.2. Elementos integrantes de esta causa de divorcio o separación:

Conforme a constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la causa sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, o sea, la ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, requiere la concurrencia de dos esenciales requisitos que la integran:

a) Esta causa sexta tiene como matiz característico y condición inexcusable la previa declaración judicial del estado de ausencia (440): De ahí que la misma adopte un matiz calificado exclusivamente por una previa declaración judicial de ausencia sin otra clase de complementos probatorios (441).

b) Necesidad de que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la declaración judicial del estado de ausencia, computada conforme al artículo 186 del Código Civil (442), como exigencia de plazo impuesta por la misma para que la ausencia del cónyuge sea jurídicamente motivo de separación o divorcio (443).

(440) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 244-.

(441) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1408-.

(442) El artículo 186 del Código civil, conforme a su redacción originaria, preceptuaba: "La declaración judicial de ausencia no surtirá efectos hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales".

(443) Una enmienda del Sr. Casanueva al artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción de la causa sexta del mismo:

"La ausencia declarada del cónyuge cuando hayan transcurrido cinco años, contados desde que expiren los seis meses que para que surta efecto tal declaración previene el artículo 186 del Código civil" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, el Sr. Gomariz, de la Comisión, expone las razones de ésta para rechazar la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva:

"... La Comisión va a adelantar las razones que ya conoce el Sr. Casanueva privadamente; y es que él da redacción amplia y difusa a un precepto terminante del Código civil; porque se dice que a partir de los seis meses se computará la ausencia y S.S. lo que hace es extender este precepto (El Sr. Pérez Madrigal: Lo que hace es obstruir.- El Sr. Casanueva:

Yo no obstruyo; hago cumplir el Reglamento, como se nos impone a nosotros cuando SS.SS. lo creen conveniente -Rumores-. Cumpro con mi deber, a mi modo, aunque S.S. crea lo contrario -Continúan los rumores-. Pido la palabra)

Para el Sr. Casanueva, dejando a un lado el plazo de cinco años de que habla en su enmienda, ésta tiende sólo a aclarar el texto del dictamen precisando el cómputo de la fecha a partir de la cual deben empezar a contarse los dos años:

"... La redacción de la enmienda tiene por objeto aclarar una forma un poco anfibológica del dictamen. El dictamen hace referencia a la fecha de la declaración judicial computada según el artículo 186 del Código, pero este artículo no computa la fecha, dice que surtirá efectos la declaración a partir de tal fecha, de los seis meses de la publicación en el Boletín Oficial o en los periódicos oficiales, y la redacción que yo doy exactamente igual, pero, a mi juicio, más clara; no tiene por objeto modificar en absoluto la ausencia declarada, porque hay una resolución que declara la ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años, no cinco, contados desde que expiren los seis meses que, para que surta efecto tal declaración, exige el artículo 186 del Código. Y eso es lo que yo pido a la Comisión, que acepte la redacción clara de esa enmienda. Nada más".

Para el Sr. Gomariz, desde que comienza a surtir efectos la declaración de ausencia, empiezan a contarse los dos años, y estando claro en este sentido el texto del dictamen no necesita de mayores esclarecimientos:

"... En este afán inmoderado del Sr. Casanueva de colaborar -seguramente no será hostilidad- se le ocurren cosas como traducir a un lenguaje, evidentemente, claro -no lo niego- lo que estando ya en la ley no necesita de mayores esclarecimientos.

Celebro que el Sr. Casanueva haya hecho poco hincapié en lo de los cinco años y los haya reducido a dos; pero, por lo demás, desde que comienza a surtir efectos la declaración de ausencia, es cuando empiezan a contarse estos dos años.

No ve la Comisión ninguna contradicción en el precepto, y no puede aceptar la enmienda. Yo ruego al Sr. Casanueva que la retire".

Como el mismo Sr. Gomariz reconoce, efectivamente la redacción del texto propuesta por el Sr. Casanueva está más clara que la del dictamen, y así lo manifiesta nuevamente el Sr. Casanueva:

"... ¿Está más clara o no la redacción nuestra? (El Sr. Gomariz: No está más clara; lo que está es más notarial; pero más clara, no). Si está más notarial, tenga por seguro S.S. que estará más clara, porque nosotros, que estamos acostumbrados a redactar contratos.. (El Sr. Muíño: Pero es S.S. representante de los notarios aquí?). Soy notario y, por consiguiente, tengo que hablar de ello (El Sr. Muíño: Pero aquí no los representa). Me han aludido profesionalmente. Yo me represento a mí mismo, y digo que los notarios, acostumbrados a redactar contratos, procuramos atar todos los cabos para que no resulten pleitos, y por eso, Sres. Diputados, desde que el Notario -apartándose a mí, para que no digan SS.SS. que es una fatuidad mía- elevó su nivel cultural, los pleitos sobre interpretación de testamentos casi han desaparecido o se han disminuido en una cantidad enorme. Nosotros, los notarios, cuidamos mucho de remachar, para que no haya lugar a pleitos, y ése ha sido el objeto mío: remachar, para que de ahí no surja un pleito, que es el deseo que tenemos nosotros. Esa es la razón de haber presentado la enmienda".

Verificada a petición del Sr. Casanueva votación ordinaria, fue desechada la enmienda suscrita por el mismo (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3701-3702).

La Srta. Campoamor retira a continuación, debido al estado en que se encuentra la Cámara tras la discusión de la enmienda del Sr. Casanueva, una enmienda suscrita por la misma en que proponía la siguiente redacción de la causa sexta del artículo 3º del dictamen:

"La ausencia del cónyuge cuando haya transcurrido un año desde la fecha de la declaración judicial" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM. 111, y Tomo VI, p. 3702).

7.7.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en la causa sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquellos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquél trámite (444).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (445), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvención como causa del divorcio o separación por ella interesado la sexta del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, determinando y concretando en los hechos de la demanda el hecho de la declaración judicial del estado de ausencia, así como que transcu

rrieron dos años desde que comenzó a surtir efectos tal declaración.

c) Necesidad de probar cumplidamente los hechos fijados en la demanda constitutivos de esta causa de divorcio o separación:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma; y como único elemento de carácter probatorio, la necesidad de probar el hecho de la declaración judicial del estado de ausencia, así como el transcurso de dos años desde que comenzó a surtir efectos tal declaración como exigencia de plazo impuesta por la misma para que la ausencia del cónyuge sea jurídicamente motivo de separación o divorcio (446).

(444) "... Que el presente recurso, interpuesto por el Ministerio Fiscal, atribuye a la Sala sentenciadora el error jurídico de haber conceptuado como abandono culpable, incluido en la causa quinta del artículo de la ley de Divorcio, lo que no era más que un caso típico de ausencia en ignorado paradero, que pudo ser acoplado, si concurrían para ello los oportunos requisitos legales, en la causa sexta del propio artículo; pero es obvio que como esta causa sexta, que tiene como matiz característico y condición inexcusable la previa declaración judicial del estado de ausencia, no ha sido invocada en la demanda (seguramente porque no mediaban las circunstancias que habían de hacerla viable), el problema jurídico que aquí se ha de deducir queda reducido a si, descartada la posibilidad de aplicar dicha causa sexta, incidió o no el Tribunal "a quo" en notoria injusticia al decretar el divorcio por la causa quinta, o sea por el abandono culpable que de su marido hizo la demandada, al abandonar el domicilio conyugal, sin que aparezca de autos la justificación de tal proceder": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 244-.

Cfr. criterio interpretativo de las causas de divorcio y separación, en NOTA 310 de la tesis.

(445) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(446) "... Que solicitado el divorcio vincular por la causa 12ª del artículo 3º de la vigente ley que lo regula, en torno a la cual ha girado la prueba de los hechos que le sirven de fundamento material, se demostró cumplidamente por adveraciones testificales y documentales que en efecto, los esposos se separaron libremente hace muchos años para residir en distinto domicilio, con consentimiento manifiesto de ambos, determinado implícitamente al no ejercitar el uno y el otro las acciones y compulsiones legales características de la vida en común; y en consecuencia, no procede involucrar esta causa de ruptura del vínculo matrimonial con la contenida en la regla sexta específica del mismo precepto legal que adopta otro matiz calificado exclusivamente por una previa declaración judicial de ausencia sin otra clase de complementos probatorios, inexcusables en casos análogos al que ahora se examina; y es claro que el Tribunal sentenciador al hacer la transposición de la causa del divorcio incide en injusticia notoria": Sentencia del Tribunal S. 4 de Enero 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-33, Aranzadi, 1408-.



7.8. "El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves": Causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio (447).

7.8.1. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluíbles en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califican de culposos por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que, al descansar en actos voluntarios, imputables al que los realiza, sea jurídicamente inadmisíble que se otorgue virtualidad a cualquiera de los motivos de divorcio o separación comprendidos en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio sin declarar culpable a quien le fue atribuido, pues, dada su naturaleza subjetiva, es secuela ineludible la declaración de culpabilidad del cónyuge incurso en los mismos (448).

---

(447) Causa séptima del artículo 3º del proyecto de ley de Divorcio, cuyo texto varió en el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio que señalaba como causa séptima de su artículo 3º: "El atentado de un cónyuge contra la vida de otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra o de palabra": Esta causa séptima del artículo 3º del dictamen quedaría definitivamente redactada según su redacción en el proyecto de ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3734).

(448) "... Que, encaminada toda la acción del recurrente a eludir la imputación de culpabilidad que le declara la Sala sentenciadora, tampoco puede prosperar el recurso bajo este aspecto, en razón a que, formado el juicio por dicha Sala, en vista de las pruebas practicadas, y adquirida la plena convicción de haber sido causa y origen de este precepto los malos tratos de obra y de palabra dados por el marido a su mujer, es consecuencia lógica que se impone, por su propia virtud, la de conceptuar culpable al que ha inferido esos malos tratos faltando a tan sagrados deberes, como son los de protección debida por el marido a su propia esposa": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-33, Aranzadi, 1517- "... Que respecto al recurso de revisión que también se deduce por don Luis de U., es evidente que al estimar el Tribunal "a quo" los malos tratos de obra y las injurias graves de la esposa al marido y al no declararla culpable incurrió en injusticia notoria, porque al descansar aquélla en actos voluntarios, imputables al que los realiza, dada su naturaleza subjetiva es secuela ineludible la declaración de culpabilidad, porque las palabras "cuando proceda" empleadas en el artículo 9º no autorizan a los tribunales a declarar la culpabilidad a su libre arbitrio, sino que se refieren a las causas enumeradas en el artículo 3º, de distinta

naturaleza, ya que unas son producto de la libre voluntad del cónyuge que hubiese dado causa al divorcio o de los dos, y otras no porque se producen sin esa voluntariedad": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1551-; "... Que, por el contrario, procede estimar el segundo motivo de injusticia notoria, fundado en la infracción del artículo noveno de la misma ley, porque es manifiesto que la sentencia recurrida estima demostrados los malos tratos del marido a la mujer, comprendidos en la causa séptima del artículo 39, ... y aprecia la existencia de las referidas causas para decretar el divorcio, la declaración de culpabilidad del marido se impone por la ley, por la moral y por la lógica, sin que a ello pueda servir de obstáculo el que la Audiencia haya estimado simultáneamente la causa doce, que excluye tal culpabilidad, y al no hacerlo la Audiencia infringe notoriamente el artículo noveno de la Ley del Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1760-.

7.8.2. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

7.8.2.1. "El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos":

Este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio plantea el mismo problema que ya estudiamos cuando analizábamos la causa segunda del artículo 3º de la Ley de Divorcio: ¿Se había de tomar este motivo de divorcio o separación a partir objetivamente de la declaración en la sentencia que recayese en causa criminal condenatoria por comisión de un delito en cualquiera de sus grados y en concepto de autor o cómplice contra la persona del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos?:

Nos es de entonces conocida la dualidad de opiniones entre distintos miembros de la Comisión, así como la falta de una exégesis jurisprudencial que viniera a interpretar este punto de la Ley: Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo en que propone una nueva redacción de la causa séptima del artículo 3º del dictamen daría lugar a una nueva discusión del tema entre los Sres. Fernández Clérigo y Gomariz (449):

A falta, igualmente, de una exégesis jurisprudencial, mantenemos ahora la opinión que entonces creímos más aceptable, adhiriéndonos así a la tesis del Sr. Fernández Clérigo: Nos encontramos aquí con un hecho de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos que tendrá un carácter fundamentalmente criminal, que ha de perseguirse de oficio, y, en consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal el Juez civil que se encuentre con una petición de divorcio o separación por este motivo comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio tendrá que suspender el procedimiento hasta que se dicte la sentencia ejecutoria en juicio criminal.

La sentencia firme dictada en causa criminal en que aparezca condenado uno de los cónyuges por la comisión de un delito de atentado contra la persona del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos otorga al otro cónyuge la facultad de solicitar el divorcio o la separación por este motivo comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, que surge, según esta interpretación, a partir de la sentencia condenatoria y firme dictada en juicio criminal.

Si la sentencia firme dictada en causa criminal fuera absolutoria, sería absolutoria o por la negativa del hecho, que borraría toda la posibilidad de aplicación de este motivo o separación, o por la concurrencia de una causa de injustificación o de ininputabilidad, que eliminaría igualmente la posibilidad de aplicación de un motivo evidentemente culposo de divorcio o separación.

Es la diferenciación de este motivo de divorcio o separación de atentado de un cónyuge contra la vida del otro o de los hijos con el otro motivo comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio de malos tratamientos de obra o injurias graves la que nos sirve de base para mantener esta tesis: No puede confundirse el supuesto de atentado de un cónyuge contra la vida del otro o de los hijos, que tiene un carácter fundamentalmente criminal, con los malos tratamientos de obra y las injurias graves, supuesto distinto comprendido en el mismo número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio (450).

#### 7.8.2.2. "Los malos tratamientos de obra" (451):

Si, en un primer momento, el Tribunal Supremo vino a declarar que para la nueva Ley del Divorcio, por lo que hace referencia a este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la misma, o sea, los malos tratamientos de obra, usando las mismas palabras del número segundo del artículo 105 del Código civil, a diferencia del artículo 85 de la Ley de Matrimonio Civil que señalaba en su

número tercero como causa de divorcio "los malos tratamientos graves, de obra o de palabra, inferidos por el marido a la mujer" del código civil alemán que en su artículo 1568 reputa la sevicia como "violación grave de los deberes" propios del matrimonio, y del Derecho canónico que requiere que los malos tratos o sevicia pongan en peligro la vida o la salud del cónyuge que los padece, es causa bastante de divorcio o separación "el maltrato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre y cuando que revele la falta de mutuo afecto y respeto que debe presidir las relaciones matrimoniales" (452), no cabe deducir de esto, según el sentido de esta misma sentencia y de otras muchas que complementan su doctrina, "que sea suficiente el hecho material y objetivo, abstraído de las circunstancias personales y ocasionales en que se haya producido, para determinar la existencia de esta causa de ruptura del vínculo o de mera separación legal de los cónyuges, pues, muy lejos de ello, se viene a corroborar por esa misma doctrina que no procede poner en juego dicha causa cuando se trata de alguna leve agresión o pequeña violencia que responde, no al menosprecio de que un cónyuge haga objeto al otro, sino simplemente a momentáneos arrebatos surgidos por incidencias vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro" (453).

Los malos tratamientos de obra generadores de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio han de ser, pues, de tal entidad que revelen bien a las claras la rupturas de la armonía de la vida conyugal (454), la falta de efecto y respeto necesario para la convivencia de los cónyuges con el peligro de que continúe ésta (455), y cuya realidad sea un grado suficiente a integrar una sevicia corporal o material (456): De ahí que no puedan estimarse los malos tratamientos de obra como comprendidos en este motivo de divorcio o separación cuando se trata de alguna leve agresión o pequeña violencia que un cónyuge emplea contra el otro en el calor de una discusión de las que suelen suscitarse por incidencias vulgares de la vida matrimonial, a veces por

fútiles pretextos, que no implican esa gravedad que revele la ruptura de la armonía de la vida conyugal con el peligro de que continúe la convivencia de los cónyuges (457), o bajo el influjo de un estado pasional y de verdadero arrebató que, si no justifica, disculpa a quien obra en esas circunstancias por carecer de la libertad de acción y de la reflexión necesarias para poder medir el alcance de los actos que realiza (458), o cuando estos actos impropios o violentos determinantes de malos tratos de un cónyuge contra el otro se producen como repulsa o retorsión de agravios u ofensas de palabra o de obra, gravemente perturbadores de las relaciones matrimoniales, por carecer los mismos de la nota del dolo específico generador de este motivo de divorcio o separación (459).

#### 7.8.2.3. "Las injurias graves" (460):

La delimitación de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio precisa el análisis de aquéllos elementos que integran el concepto de injurias graves: el elemento objetivo del acto o la palabra, el elemento subjetivo de la intencionalidad o "animus injuriandi", y el elemento formal o de la gravedad.

a) Elemento objetivo: "la palabra proferida, el acto ejecutado":

Esse motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, o sea, las injurias graves, no se contrae exclusivamente a las palabras vejatorias que se puedan pronunciar, sino que alcanza a hechos aún más graves que al ejecutarse hieren los sentimientos más íntimos de la dignidad y el honor del otro cónyuge, porque la injuria no es sólo una palabra, la injuria puede ser también un acto, es "toda acción ejecutada o toda palabra proferida en deshonor, descrédito o menosprecio de una persona" (461): Este elemento objetivo que integra, pues, el concepto de "injurias graves" abarca dos conceptos distintos, el de la palabra,

o sea, aquellas expresiones tenidas como manifestaciones injuriosas o gravemente ofensivas para el cónyuge (462), y el de la acción, o sea, aquellos actos tenidos como enormemente ofensivos e injuriosos para el cónyuge, y capaces de producir, en uno y otro caso, la más honda desarmonía en el seno del matrimonio:

La doctrina jurisprudencial señala, como hechos de indudable gravedad que evidencian la existencia de una sevicia moral bastante a integrar este motivo de divorcio o separación: las acusaciones infundadas hechas por el marido a su mujer de autora, por inducción, de un delito de lesiones, cuyo sumario fue libremente sobreído, y posteriormente, ante el Juzgado Municipal, de malos tratos de los que fue absuelta (463); la pública y tendenciosa imputación hecha por el marido a su mujer de una enfermedad psíquica, con el móvil y tendencia de dar lugar a su internado en una casa de enfermos mentales, al sólo fin de su privación de libertad y consiguiente vejación, y de rodear su actividad social y, especialmente, ante los Tribunales de la desconfianza natural que inspira la frecuente inveracidad de los que sufren ese tipo de enfermedades (464); las injurias vertidas por el marido en una serie de anónimos dirigidos a diferentes personas en los que deshonoraba a su mujer, achacándole el mantenimiento de relaciones carnales fuera del matrimonio, con el propósito de dañarla en su buena fama (465); la exagerada generosidad del marido con persona extraña al círculo familiar, contrastada con la falta de atención y cuidados a que somete a su legítima familia (466); y, finalmente, señala esa misma doctrina, que el mantenimiento de relaciones anormales que uno de los cónyuges sostiene con persona de distinto sexo que no sea su cónyuge represente el mayor agravio y ultraje y la demostración más palmaria de afrenta y menosprecio que cabe inferir al otro cónyuge que quebrante la fidelidad conyugal y evidencia, cuando sea insuficiente para alcanzar la calificación "legal" de adulterio, una gravísima injuria que afecta a los deberes esenciales del matrimonio bastante a la estimación de este motivo de divorcio o separación (467).

b) Elemento subjetivo de la intencionalidad: "animus injuriandi":

Las injurias graves generadoras de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio requieren, como condición precisa para ser debidamente apreciadas, la existencia del "animus injuriandi", o sea, la dolosa y culpable voluntad de desacreditar o menospreciar al otro cónyuge: Sólo cuando concurren el elemento objetivo del acto o la palabra y el elemento subjetivo de la intencionalidad es cuando surge este motivo de la injuria como causa de divorcio o separación.

Este elemento subjetivo de la intencionalidad del acto o la palabra, el propósito, la intención de ofender, de desacreditar, de deshonorar al otro cónyuge se ha de apreciar no sólo en relación con las palabras proferidas o actos ejecutados, sino que es necesario tener en cuenta las circunstancias de índole subjetiva y moral que en cada caso concurren que puedan o no quitar su alcance injurioso a las palabras proferidas o actos realizados (468).

c) Elemento formal: Gravedad de las injurias (469):

Las injurias constitutivas de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio han de revestir la gravedad que el mismo precepto exige: La gravedad de las injurias no depende sólo del valor objetivo de las expresiones y actos injuriosos, sino que, según constante doctrina jurisprudencial, hay que atender más que al carácter injurioso de las frases proferidas o actos realizados a las circunstancias de lugar, ocasión, momento, personas y otras que deben tenerse en cuenta para darles el verdadero valor que legalmente haya de atribuirseles (470), ya que en unos y otros casos el alcance de las palabras y actos injuriosos pueden envolver un propósito doloso de agravio, de ofensa y menosprecio para el cónyuge injuriado del que carecen



si se producen sólo a consecuencia de circunstancias de momento, estados de ofuscación o como repulsa o retorsión de agravios u otras ofensas incompatibles con el animus injuriandi determinante de la gravedad de las injurias (471): De ahí que no pueda estimarse debidamente este motivo de divorcio o separación cuando las expresiones y actos injuriosos se producen en el calor de una discusión de las que suelen suscitarse por incidencias vulgares de la vida matrimonial, a veces por fútiles pretextos, que no implican esa gravedad que revele la ruptura de la armonía conyugal (472), o bajo los efectos de un estado pasional y de exaltación de ánimo suficiente a ocasionar esas excitaciones o crisis originarias de las frases o actos injuriosos que, si no justifica, disculpa a quien obra en esas circunstancias sin la reflexión ni claridad de juicio bastante para medir su alcance e importancia (473), o cuando esas expresiones y actos injuriosos se producen como repulsa o retorsión de agravios u ofensas de palabra o de obra, gravemente perturbadores de las relaciones matrimoniales, por carecer los mismos de la nota de dolo específico que es esencial en las injurias graves (474).

---

(449) Voto particular del Sr. Fernández Clérigo proponiendo la siguiente redacción de la causa séptima del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"7º: La Comisión de un delito en cualquiera de sus grados y en concepto de autor o cómplice, contra la persona del otro cónyuge o de los hijos, siempre que hubiere recaído sentencia firme condenatoria" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUN. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUN. 113-, toma la palabra el Sr. Fernández Clérigo para explicar a la Cámara los motivos que le han guiado para redactar el voto particular, motivos que nos son ya conocidos:

"... Aquí lo primero que hago es desdoblar la causa 7ª en dos, porque se confunde el delito, el verdadero delito de atentado a la persona de uno de los cónyuges o de los hijos, con otra cosa muy diferente: con los malos tratos de obra o de palabra.

Y para mí son dos causas distintas: una, la que puede afectar a un verdadero delito, a un atentado contra la vida de uno de los cónyuges o de los hijos, y otra, de mucha menor importancia y trascendencia, que es, sencillamente, algo como una falta de malos tratos; que yo tampoco creo que basten los malos tratos de palabra, sino algo más acusado, más definido jurídicamente, que califico de injurias graves. Hecho el desdoblamiento de la causa en cuanto a la formulación partiendo de la base de la sentencia ejecutoria dictada en juicio criminal, yo no puedo adornarme con las galas de la originalidad, porque este texto no es mío, sino sencillamente una transcripción de una ley tan bien hecha, tan ultramoderna, tan técnica como la cubana y la formulación es exactamente, literalmente la misma de la ley cubana. Su fundamento parece indudable. Aquí no pueden hacerse aquellos distinguos, aquellas sutilezas de juristas que se alegaban respecto de la causa de bigamia, que, en mi sentir, realmente no tiene una elaboración más que puramente penal. Aquí tropezaremos siempre con un hecho de atentado contra la persona, contra la vida de uno de los

cónyuges o de los hijos que tendrá un carácter fundamentalmente criminal y aquí nos encontramos siempre con la interferencia del proceso criminal en el curso de la vía civil. Y claro es que pueden ocurrir dos cosas: o que marchen paralelamente, como decíamos ayer, ambos procedimientos, y entonces nos encontraríamos con la posibilidad de las sentencias contradictorias, o que sea preciso liquidar el motivo criminal antes que la causa civil, porque desde el momento en que el juez del pleito civil se encuentra con una causa que reviste caracteres de delito, él, "a priori", no puede, sin invadir la jurisdicción y las atribuciones propias del Tribunal criminal, decidir si hay o no un delito, y, por consiguiente, tendrá que suspender el procedimiento hasta que se dicte la sentencia ejecutoria en la causa criminal en virtud de lo que dispone, de un lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de otro, la Ley de Enjuiciamiento Civil, que todos mis compañeros conocen perfectamente. Pues, entonces, al liquidarse previamente el proceso criminal (porque claro es que la posibilidad de que marchen las dos acciones al mismo tiempo nadie lo puede admitir, porque sería admitir las sentencias contradictorias), ocurriría lo siguiente: o habría sentencia absolutoria o habría sentencia condenatoria. Si hay sentencia condenatoria, surge la causa de divorcio; si la sentencia es absolutoria, en mi sentir no procede la causa de divorcio y no procede dentro de una ley de corte evidentemente culposo, como ya nos decía elocuentemente hace unos minutos el ilustre profesor Sr. Sanchís Banús, que no podemos adelantarnos a las posibilidades y a las realidades de nuestro país, admitiendo el divorcio objetivo, el divorcio remedio, en vez del divorcio culposo y en vez del divorcio sanción.

Nos encontramos, por consiguiente, frente a un tipo de ley de Divorcio sanción fundamentalmente culposo; y vamos en este caso a ver cómo surgiría el problema si la sentencia fuese absolutoria, porque la sentencia sería absolutoria o por la negativa del hecho, que borraría toda la posibilidad del divorcio, o por la concurrencia de una causa de inimputabilidad o por la concurrencia de una causa de injustificación, y en cualquiera de estos supuestos se elimina la posibilidad de un divorcio culposo, en que se tiene que basar necesariamente la sentencia que se dicte.

Supongamos que se comete el atentado sencillamente en legítima defensa de uno de los hijos, y sería verdaderamente enorme que después de haber defendido a uno de los hijos, el hombre que se encuentra ante la pesadumbre del hecho de que por una circunstancia de esta naturaleza ha tenido que causar un mal al otro cónyuge, se hallase todavía con la amenaza del divorcio. Me parece que esto sería grave y, por consiguiente, motivo de que este voto particular sea tomado en consideración y de que la Cámara medite acerca de la trascendencia que tendría que pudiese darse este conflicto verdaderamente dañoso dentro de la mecánica procesal y dentro del sentimentalismo mismo de la vida en que tiene que desenvolverse toda ley de Divorcio que estamos discutiendo".

En nombre de la Comisión, contesta el Sr. Gomariz que fija la posición de la Comisión frente al voto particular del Sr. Fernández Clérigo:

"... Bastarán brevísimos razonamientos para fijar una vez más la posición de la Comisión; y tampoco nosotros queremos adornarnos con plumas de pavo real, porque hemos oído estos razonamientos en su pasada intervención, por cierto muy elocuente, del Sr. Sánchez Román.

Nosotros, partiendo de este postulado indeclinable, creemos que no es posible que, desde el punto de vista práctico de la eficiencia jurídica de una ley civil de divorcio, se llegue, se espere llegar a la sentencia firme condenatoria en materia criminal para deducir de ella la culpabilidad o no del cónyuge acusado, y no es posible, porque el procedimiento que propugnamos es otro bien distinto. Nosotros queremos que, separando deliberadamente la causa civil de divorcio de aquella que origine la comisión de un delito, se aun juez de lo civil el que sentencia el divorcio y de sus resultancias pase el tanto de culpa a los Tribunales si existe culpabilidad. De modo que el procedimiento es bien distinto, Sres. Diputados, en este caso, con beneficio del litigante que alega la causa de divorcio.

Porque si no, yo repito lo que dije el otro día, va a durar el procedimiento de divorcio en caso de atentado, de malos tratos o de injurias graves, ocho o diez años, los que lo haga durar un abogado de buena o mala fe defendiendo el interés de su cliente, según

el dilatado procedimiento de nuestro Enjuiciamiento criminal.

Esta es la primera razón que nosotros aducimos para no hacer nuestro el procedimiento del Sr. Fernández Clérigo, y además, insistimos, para la más fácil comprensión de los Sres. Diputados, en que una cosa es los malos tratos que den origen a una sentencia civil de divorcio y otra los malos tratos que den origen a una sentencia criminal porque exista una figura de delito: son cosas perfectamente distintas, y el Sr. Fernández Clérigo mejor que yo, por su extraordinaria competencia, conoce muchos casos en que, por causas de inimputabilidad y otras razones, no existe una figura de delito y existen, en cambio, causas bastantes para decretar el divorcio. Pero hay más; los malos tratos pueden o no llegar a acusar esta figura delictiva y por su reiteración, por el peligro que eso supone para la paz conyugal y aun para la tranquilidad y ejemplo de los hijos, pueden ser y son la causa de divorcio que se recoge en este apartado.

Son todas estas razones las que aconsejan definir de una vez para siempre el criterio de la Comisión que ha inspirado el proyecto; y es que, en materia de divorcio, nuestra jurisdicción y la ley que estamos elaborando tienen un carácter neto y absolutamente civil y que luego las causas penales que como secuela se deriven de ésta serán o no objeto de la instrucción de un sumario; pero mientras tanto, lo que conseguimos es discernir entre esta culpabilidad, que lleva aneja o aparejada la sanción de divorcio, y esta otra en que puede dar lugar al pase del tanto de culpa por un juez para que la Audiencia estudie el asunto y dicte la sentencia. No hay contradicción ni hay peligro, como existiría el peligro de no hacer efectivo el divorcio, si aceptáramos el voto particular del Sr. Fernández Clérigo".

Conocíamos ya los argumentos del Sr. Gomáriz al respecto, más en esta ocasión, como haría ver el Sr. Fernández Clérigo a continuación, el Sr. Gomáriz parece no querer ver la distinción entre el delito y los malos tratos, quedando pues su argumentación excluida del objeto de la discusión:

"... Dos palabras nada más para decir, primeramente, a mi querido amigo el Sr. Gomáriz que la aspiración de que la causa de divorcio se pueda ventilar y decidir sin roce alguno con el asunto criminal, será una aspiración romántica de la Comisión, pero seguramente pocas veces va a poder traducirse en una realidad, como apetece S.S.; y, en segundo lugar, que no aludo a los malos tratos. Estamos hablando de un delito, nunca de los malos tratos. Ya advertí al comenzar mi modesto discurso que había una diferenciación entre el delito y los malos tratos. Por consiguiente, éstos, bien sean de obra o de palabra, quedan excluidos en esta argumentación e incluidos, en cambio, en otra causa distinta, que viene a ser la 8ª, según el voto particular".

El voto particular del Sr. Fernández Clérigo queda desechado al no ser tomado en consideración por la Cámara: Discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo: Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3702-3704.

(450) Esta diferenciación aparece clara en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 821-, en que se condena al marido por malos tratos de obra y se señala el peligro que envuelve la vida en común de los cónyuges con persona que puede convertir aquéllos en un momento dado en verdadero atentado contra la integridad corporal del otro cónyuge:

"... Que de la prueba aportada a los autos, resulta sin género de duda acreditado, que la recurrente no obstante ser una esposa ejemplar, se sentía con harta frecuencia víctima de malos tratos de obra por parte de su marido, debidos al carácter violento de éste, quien llegó en cierta ocasión a amenazarla con un cuchillo, siendo por ello condenado en juicio de faltas y en otra, con un arma de fuego según claramente se desprende de las cartas que obran en autos, escritas por el recurrido desde la prisión en que cumplía condena por tenencia ilícita de armas, cartas que reconoce como suyas y en las que pide perdón por el mal comportamiento con su esposa, todo lo cual revela la injusticia notoria en que incurre la Sala sentenciadora, al no apreciar la existencia de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio y determina la necesidad de revisar el fallo que ella dictó, toda vez que demostrado queda la inexplicable conducta del marido, faltando constantemente a la consideración y efecto que debe guardarse en las relaciones matrimonia-

les y sometiendo a su esposa a las torturas de una continua amenaza debida a la irritabilidad de su carácter y en definitiva, exponiéndola al peligro que envuelve la vida en común con persona que, en un momento dado puede convertir aquella en realidad atentando contra la integridad corporal de su consorte, por lo que debe ser declarado culpable el esposo...".

A su vez, de los hechos analizados en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2057-, aun cuando se dice por este órgano que de los mismos se acreditan justificados los malos tratos y "el atentado del marido contra la vida de la mujer", no dan pie para fundar el divorcio de los cónyuges por el supuesto de atentado, pues más que de atentado parece constituir un supuesto claro de malos tratos de obra suficientes a la estimación de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluyendo en el mismo las constantes amenazas del marido a su mujer que, como exponía la sentencia anterior, ponían en peligro la vida en común con una persona que, en un momento dado, podía convertir aquellas en realidad atentado contra la integridad corporal de su consorte, tesis que puede apoyarse igualmente en el hecho de existir en este caso un sumario por los citados hechos que, si bien fue sobreseído, ello no es óbculo para que los allí referidos constituyan prueba en el pleito de divorcio a los efectos de la prueba de los malos tratos, pero no es dable entender que de un sumario sobreseído puedan sacarse pruebas suficientes del hecho del atentado de un cónyuge contra la vida del otro o de los hijos:

"... Que del detenido examen de la prueba practicada a instancia de la demandante, hoy recurrente, y poniendo en relación los hechos que de los distintos medios probatorios aparecen acreditados, si bien aisladamente analizados, pudieran no dar lugar a la existencia de la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada en la demanda, del conjunto y armonía de aquéllos elementos se acreditan justificados los malos tratos y el atentado del marido contra la vida de la mujer, porque si bien el marido contestando a su posición catorce niega que en noviembre de 1933 se propusiera atentar contra la vida de su esposa, valiéndose de una escopeta cargada, reconoce que llevaba la escopeta que le fue ocupada por la Guardia Civil, alegando como única razón para llevarla la de "que quería hablar con su mujer" y confesando que dejó escrita una carta para su madre, dándole cuenta de que, aunque no era un criminal, las circunstancias le obligaban a matar a su mujer y a su suegra, por lo que le pedía perdón; y en el testimonio de actuaciones practicadas en el sumario que por tal hecho se le siguió en el Juzgado de Májera, consta un atestado de la Guardia civil de 28 de noviembre de 1933, según el cual, teniendo conocimiento dicha fuerza de que el marido había salido con una escopeta en busca de su esposa, de la cual estaba separado, salieron a su encuentro, hallándose cerca de la caseta de camineros de Tricio, donde vivía la mujer, dándose a la fuga al divisar a la Guardia Civil, huyendo con la escopeta sin poder ser capturado; la declaración de un testigo que con él estaba, que confirma le dijo iba a matar a su suegra y que la escopeta que llevaba era de dos cañones y la manifestación de otro testigo que expresa que en el verano de aquel mismo año, 1933, vio al marido por dos veces subir en dirección a la referida caseta de camineros, llevando en la mano un cuchillo de punta y regulares dimensiones, corriendo excitado, conteniéndole y oyéndole que decía iba a matar a todos, y si bien parece que aquel sumario fue sobreseído, ya que así lo afirma el marido en su contestación y no hay en este juicio acto ni prueba alguna que lo contradiga, ello no es óbculo para que traídos de aquel sumario y obrantes en el testimonio referido, pueda constituir a los efectos del divorcio solicitado parte de prueba en qué fundar la causa 7ª del artículo 3º, que además en la testifical de la mujer hay también elemento que robustece dicha prueba, porque hay tres testigos que de ciencia propia les consta las reiteradas amenazas del marido a su mujer de echarla de casa, porque aquella le pedía parte de su jornal; una vecina de la mujer, que afirma que en un día del mes de junio, hará unos tres años, sobre la una de la tarde, oyó voces de auxilio a la demandante, después de un gran escándalo con el demandado, acudiendo al piso donde el matrimonio vivía, encontrando a la mujer echando sangre por la nariz, llevándola a la cama, donde perdió el conocimiento y oyéndola decir que el marido la había pegado, y el último testigo vio, estando en el campo, en una finca lindante con la caseta de Tricio que el 2 de abril de 1934, el marido perseguía a la mujer cuando ésta iba hacia la caseta de camineros de sus padres, amenazándola y llamándole a grandes voces "puta" y "zorra", sin que en la prueba suministrada por el marido exista hecho

alguno que desvirtúe el resultado expuesto de la de la mujer, existiendo por ello una franca contradicción entre lo que acreditan sobradamente los elementos probatorios en cuanto a la existencia de la causa 7ª del artículo 3º y el fallo recurrido que la desestima, por falta de prueba, procediendo por ello estimar la injusticia notoria alegada en el recurso".

(451) Un voto particular del Sr. Alberto de Quintana proponía se añadieran al texto de la causa séptima del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio las siguientes palabras:

"7ª: Cuando revistan caracteres de gravedad" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 7ª al MUN. 109):

Leído por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -MUN. 113-, no es aceptado por la Comisión, y al no hallarse presente el Sr. Quintana en la Cámara, ésta, a la pregunta del Sr. Vicepresidente de si toma en consideración el mismo, lo rechaza (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3704).

(452) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1472-: El marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que decreta la separación de personas y bienes de los cónyuges por la causa 7ª del artículo 3º de la ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, invocada por la esposa demandante como fundamento de su demanda, y funda el recurso en la siguiente tesis jurídica: "que el maltrato de obra por una sola vez no es causa bastante para la separación de personas y bienes", tesis que viene a rechazarse por el Tribunal Supremo:

"... Que el recurso de revisión que por don José V.C. se formula al amparo de la causa 3ª del artículo 57 de la ley de Divorcio, se funda en dos motivos, que son:

Primero: Que no fue el recurrente sino su hermano el que agredió a su esposa, la demandante, en la reyerta a que se refiere la sentencia dictada en el juicio de faltas, con fecha 26 de junio de 1931, y

Segundo: Que aunque así no fuere, el maltrato de obra por una sola vez, no es causa bastante para la separación de personas y bienes; siendo, por consecuencia, los anunciados motivos los únicos que procede sean examinados en este trámite.

En cuanto al primer motivo: que el hecho del maltrato de obra por parte del recurrente a su esposa, la recurrida, causándole lesiones que precisaron asistencia facultativa durante 10 días, se halla plenamente probado por la sentencia que recayó en el juicio de faltas, resolución que quedó firme de derecho; y aunque en este pleito el demandado aportó prueba testifical para demostrar su no intervención en aquel hecho, no la consiguió, ya que para desvirtuar aquel documento auténtico se precisaba otro de mayor fuerza o una prueba concluyente, que no existe, por tanto, al afirmar el Tribunal "a quo" la certeza del maltrato de obra, no incurrió en injusticia notoria y, en su consecuencia se impone la desestimación del motivo de que se viene tratando.

Por lo que hace referencia al segundo motivo: que la causó 7ª del artículo 3º, aplicable por la disposición segunda del 36 a la separación de bienes y personas, contiene, entre otros extremos, los malos tratamientos de obra, usando las mismas palabras del número segundo del artículo 105 del Código civil, a diferencia del 85 de la ley del matrimonio civil, que añadía el adjetivo graves, del Código civil alemán, que exige también esa gravedad, y del derecho canónico, que requiere que los malos tratos o sevicia pongan en peligro la vida, o la salud del cónyuge que los padece, deduciéndose de este estudio comparativo que para la nueva ley del Divorcio, suavizando aquellas legislaciones, es causa bastante el maltrato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre y cuando que revele la falta de mutuo afecto y respeto que debe presidir las relaciones matrimoniales tan próximas y continuas; y como de los autos consta que el recurrente, que vivía separado de su cónyuge desde hacía algún tiempo, le produjo lesiones que tardaron en curar 10 días, empleando, por consiguiente, una dureza excesiva con su esposa, es visto que al estimar el Tribunal sentenciador que aquel maltrato era suficiente para decretar la separación de personas y bienes, no incurrió tampoco en injusticia notoria, procediendo por ello desestimar también el segundo motivo".

En este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1534-: El marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que decreta el divorcio de los cónyuges por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada por la esposa demandante como fundamento de su demanda, y funda el recurso en la siguiente tesis jurídica: "que los malos tratos de obra no pueden ser apreciados por actos aislados de violencia, sino que se refieren a sevicia o crueldad de un modo habitual", siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo:

"... Que la causa de injusticia notoria la apoya el recurrente en tres motivos, que son:...

- Tercero: porque los malos tratos de obra no pueden ser apreciados por actos aislados de violencia, sino que se refieren a sevicia o crueldad de un modo habitual; y para combatir estos tres motivos bastan las siguientes razones: ... y en cuanto al tercero, porque la Sala sentenciadora, examinando y ponderando los elementos probatorios aportados al pleito, pudo apreciar, como apreció, que los actos imputados por la demandante a su marido eran de importancia bastante a determinar que había incurrido en la causa de los malos tratamientos de obra que de igual modo se alegó y que también con acierto se da por existente en la sentencia".

En ambas sentencias, más que una desestimación de las tesis propuestas por los recurrentes, nos encontramos ante unos supuestos de hecho suficientes a decretar por sí mismos el divorcio o la separación de personas y bienes de los cónyuges por este motivo de malos tratamientos de obra: El sentido de las mismas debe complementarse con la doctrina de otras muchas sentencias cuya exposición se hace a continuación.

(453) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1023-: El marido demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que deniega la separación de personas y bienes de los cónyuges por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma invocada por aquél como fundamento de su demanda, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo con base a la doctrina expuesta:

"... Que si bien es cierto que esta Sala tiene declarado en su sentencia de 3 de febrero de 1933, que para la Ley vigente es causa bastante de divorcio "el maltrato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre y cuando revele la falta de mutuo afecto y respeto que debe presidir las relaciones matrimoniales", no cabe deducir de esto que sea suficiente el hecho material y objetivo, abstraído de las circunstancias personales y ocasionales en que se haya producido, para determinar la existencia de esta causa de ruptura del vínculo o de mera separación legal de los cónyuges, pues, muy lejos de ello, el sentido de esa misma sentencia y de otras muchas que complementan su doctrina, viene a corroborar que no procede poner en juego dicha causa cuando se trata de alguna leve agresión o pequeña violencia que responde, no al menosprecio de que un cónyuge haga objeto al otro, sino simplemente a momentáneos arrebatos surgidos por incidencias vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro; de donde se desprende que la Sala sentenciadora al no aplicar, en el caso de estos autos, la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, fundándose en que no puede servir de base para decretar la separación el mero hecho de que la demandada tirase una plancha a su marido, con ocasión de una riña que motivó en la jurisdicción penal, simple condena de ambos cónyuges por escándalo, no incidió en la infracción que el motivo primero del recurso le atribuye del artículo 3º número séptimo, en relación con el 36 disposición segunda, de la Ley de 7 de Marzo de 1932, ni de la citada sentencia de 3 de febrero de 1933, en la cual se decidió una hipótesis de hecho, radicalmente diferente de la del caso actual, pues estaba probado, por el fallo que recayó en el juicio de faltas, que el marido causó a su esposa, lesiones que precisaron asistencia facultativa durante 10 días".

(454) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, aranzadi, 599-; El marido demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que estima probados los malos tratos de obra de aquél a su esposa, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por ser patentes la realidad de aquéllos que revelan la ruptura de su armonía de la vida conyugal:

"... Que, revisados minuciosamente los autos, surgen bien patentes los malos tratos de obra del marido a su mujer en diversas ocasiones por aseverarlo así los cinco testigos, sin tacha, que el Tribunal de instancia concreta por sus nombres y apellidos, malos tratos suficientes para decretar el divorcio, puesto que revelan bien a las claras la ruptura de la armonía de la vida conyugal, que es la finalidad perseguida por la causa 7ª del artículo 3º, y siendo ello así, es visto que la Sala sentenciadora no incurrió en error al apreciar la prueba, ni mucho menos manifiesto cual se precisa para que el recurso de revisión por injusticia notoria pueda prosperar".

(455) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 64-: El marido demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que deniega el divorcio de los cónyuges por no apreciar en contra de la esposa demandada los malos tratos de obra de que fue objeto su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por no entender que aquéllos por las circunstancias en que se produjeron no podían integrar esta causa de divorcio que exige que los malos tratos de obra revelen la falta de afecto y respeto necesario para la convivencia de los cónyuges que no se da en este supuesto:

"... Que la estimación de la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932 exige que los malos tratos de obra revelen la falta de afecto y respeto necesario para la convivencia de los cónyuges con el peligro de que continúe ésta, y en el caso de autos no es posible tal supuesto porque la producción por la esposa a su marido de erosiones cuando lo fue poco después de su puerperio y bajo el efecto de la afección mental que sufría, por involuntaria, es incapaz de surtir el pretendido efecto; razón por la cual ha de desestimarse la revisión interpuesta".

Según esta doctrina, integran los malos tratamientos de obra que constituyen este motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio aquellos hechos constitutivos de sevicia material culpable de que un cónyuge hace víctima al otro que revelan la falta de afecto y respeto necesario para la convivencia de los cónyuges con el peligro de que continúe ésta, y así:

"... Respecto a la causa séptima que, según manifiestan varios testigos, don Joaquín D. es hombre de vida desordenada que habitualmente pasa la noche fuera de su domicilio, y habían presenciado u oído continuas reyertas entre el matrimonio D.-B.; estando probado documentalente que en la noche del 29 al 30 de septiembre de 1931, en cuestión habida entre los indicados cónyuges, don Joaquín D. causó a su mujer, doña Emilia B., que se hallaba en el quinto mes de embarazo y con el hijo segundo enfermo y recién operado, lesiones que fueron curadas en la Casa de Socorro del distrito de Palacio y motivaron la condena de cinco días de arresto menos que se impuso al señor D. en el juicio de faltas correspondientes; resultando indudable que esos hechos relacionados llevan en sí, no sólo negación con menosprecio del sexo y del estado de embarazo en que se encontraba la ofendida, sino un verdadero peligro para lo sucesivo, integrando evidentemente los malos tratamientos de obra que constituyen la causa 7ª del artículo 3º antes referida; y en consecuencia procede declarar que la Sala sentenciadora ha incurrido en la injusticia notoria que se atribuye en el recurso, el cual debe ser estimado decretando el divorcio con sus consecuencias de culpabilidad y costas para el señor D., causante del mismo": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1680-; "... Que el presente recurso se funda en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, por estimar la parte recurrente que el Tribunal sentenciador apreció con evidente error la prueba practicada en el pleito, al prescindir de lo que en ella se acredita, en justificación de las causas de divorcio alegadas, a virtud de que en juicio de faltas celebrado con motivo de una cuestión surgida entre los cónyuges, se declaró que ambos se habían maltratado recíprocamente; pero este hecho puramente episó-

dico, no puede servir de fundamento bastante para enervar y restar eficacia al resultado de la prueba practicada en el pleito, que es la que en primer término ha de servir de elemento de justificación para acreditar la realidad o inexistencia de las causas alegadas en apoyo de la petición deducida en la demanda; y la susodicha prueba acredita por el testimonio de la casi totalidad de los testigos que han declarado en el pleito, que el esposo de la demandante, desde hace once años que regresó de América, se embriaga habitualmente, y que maltrataba de modo brutal a su esposa, golpeándola, y en una ocasión quiso matarla con un cuchillo, haciendo con su conducta insoportable la vida conyugal; y con esos elementos de juicio basta para aceptar y reconocer la existencia de la causa 7ª de las enumeradas en el artículo 3º de la citada ley, ya que si en una ocasión, como la que se hace referencia en el juicio de faltas antes mencionado, la mujer se revolvió en actitud de violencia, sin que conste si fue acto de defensa contra la agresión de aquél o porque recíproca y voluntariamente se acometieran ambos, ello no autoriza a admitir como presunción que hiciera otro tanto en las ocasiones a que los testigos se refieren en sus declaraciones, de las que sólo se desprende como hecho cierto, el que la esposa sufría los malos tratos que su marido la infligiera y al prescindir la Sala sentenciadora de esos elementos probatorios y por ello desestimar la antedicha causa de divorcio, hay que proclamar que incidió en notorio error, generador de la causa de revisión en que se funda este recurso, estimado, por tanto, haber lugar al mismo por concurrir la causa ya dicha de malos tratos de obra causados a la esposa, con la consiguiente declaración de culpabilidad contra el marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1098-; "... Que en el presente caso, la copiosa prueba testifical practicada a instancia de la demandante (y en la que es de observar que intervinieron testigos sin tacha y de muy diversas condiciones) acredita que el demandado hacia objeto de constantes malos tratos de palabra y de obra a su esposa; que repetidas veces expulsó a ésta del domicilio conyugal, detallando algunos de los testigos la ocasión y el motivo, completamente fútil que determinaron una de estas expulsiones; que la amenazaba de muerte; que en fecha y sitio que puntualizan algunos testigos, el marido se abalanzó sobre la actora, echándola mano al cuello y habiéndole de ser protegida por uno de los que deponen, y que en cierta ocasión la dió el demandado un golpe en un ojo, produciéndola sangre; y como del conjunto de tales hechos se desprende, sin género de duda, la existencia, la gravedad y la reiteración de los malos tratos inflingidos a la esposa y reveladores de un menosprecio sistemático, sin que, de otro lado, los testimonios adversarios de tales extremos puedan ser neutralizados por la prueba de la parte demandada, que no lo impugna directamente, contentándose con presentar al marido como incapaz de realizar los hechos que se le imputan, se ha de concluir que adolece de injusticia notoria el fallo recurrido, al no aplicar la causa 7ª del artículo 3º de la ley de Divorcio, pretextando una falta de concreción de los hechos que ciertamente no se observa en los autos, y procede, en consecuencia, su revisión, decretándose el divorcio vincular solicitado por la demandante, con declaración expresa de culpabilidad del demandado y recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1566-.

(456) "... Que tampoco puede estimarse que el Tribunal "a quo" haya incurrido en la injusticia notoria al deducir del examen de la prueba testifical que presentó la parte demandante, ya sola, ya en conjunto con los demás elementos de juicio, que don Enrique Ch. R., maltrató de obra, repetidamente a su esposa doña María Luisa S., viéndose ésta obligada para poner fin a tal sevicia a instar demanda de divorcio canónico, pues si bien es cierto que algunos testigos manifiestan saberlo por referencias de doña María Luisa a la vez que lloraba o exhibía señales que podían ser de los golpes, hay también alguno que dice constarle directamente; procediendo en consecuencia la desestimación del segundo fundamento del recurso y declarar no haber lugar a la revisión, con costas al recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1542-; "... Que la probanza irrefragable de la sevicia corporal, de que la esposa fue víctima por parte de su cónyuge, no sólo está patentizada en los autos mediante testimonios de autorizado y personal convencimiento, sino que el mismo Tribunal sentenciador reconoce su certeza, aunque pretenda cohonestarla con otras



inferencias, dirigidas a enervar sin éxito la fuerza corroboratoria de aquéllas declaraciones testificales, pues es lo visto que las personas oídas ante el Juez aseguraron la verdad de sus afirmaciones categóricas, unas por haber presenciado los malos tratos de obra que el marido infirió a su mujer, otras por tener conocimiento exacto de aquellos violentos episodios conyugales, cuya gravedad no desmerece ni se mitiga por la actitud abnegada y sumisa de la esposa maltratada, cuando se reintegraba al hogar, ni por el contenido de sus cartas, llenas de frases afectivas y celosas, dirigidas a obtener la normalidad matrimonial sin conseguirla en modo alguno, como lo demuestra la recibida del cónyuge con posterioridad a tan acusadas tentativas de concordia. Que, dado lo expuesto, es flagrante la notoria injusticia en que incurrió el Tribunal de instancia al apreciar la prueba, con evidente error, y, por consiguiente, procede estimar el recurso interpuesto en lo referente a la causa examinada": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 294-; "...Que en igual injusticia incide la sentencia recurrida al desestimar la causa séptima del artículo 3º alegada por la mujer en su reconvencción, porque los malos tratos de obra del marido a la mujer aparecen probados, ...por certificación de la sentencia firme dictada en 7 de Julio de 1919 condenando al marido a cinco días de arresto menor, reprensión y costas por una falta de lesiones causadas a su mujer, lesiones que necesitaron para su curación trece días de asistencia facultativa -folios 245-246- sin que esté probado como erróneamente admite la Audiencia que en los trece años transcurridos haya existido requerimiento judicial alguno del marido para restablecer la comunidad matrimonial, a los efectos del artículo 8º de la ley de Divorcio para desestimar aquella causa séptima...": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 79-; "... Es indudable que al estimar la Sala sentenciadora que se habían probado los malos tratos de obra que repetidas veces infringió don C.A. a su esposa doña A.P., en el período comprendido desde Agosto de 1926 a febrero de 1927, en que vivieron juntos, haciéndole arrojar sangre por boca y narices y quedándole como vestigios de esos malos tratos las señales de los dedos en el cuello y equimosis en otras partes del cuerpo, no incurrió en injusticia notoria como pretende el recurrente, ya que se apoya en las manifestaciones de respetable número de testigos que, si bien no presenciaron los actos materiales de los golpes, vieron a Dª A. arrojar sangre o le observaron las heridas o señales de los mismos, a la vez que les refería quien había sido el agresor, y esas circunstancias, unidas a la facultad que para la apreciación de la prueba testifical reconocen a los Tribunales los artículos 1248 del Código civil y 659 de la Ley procesal, obligan a aceptar el criterio de la Sala, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos como en la calificación de los mismos, dada su importancia y reiteración, declarándolos constitutivos de la causa de divorcio número siete del artículo 3º de la Ley citada; y en consecuencia, procede la desestimación del recurso con costas al que lo interpuso como litigante vencido": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 231-; "... que esta Sala tiene reiteradamente declarado que el recurso de revisión con injusticia notoria, a que se contrae el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, sólo puede prosperar cuando el Tribunal de instancia aprecia con manifiesto error la prueba practicada o cuando aplique indebidamente el derecho, por cuya doctrina se impone la desestimación del presente, ya que, revisadas las actuaciones con el mayor detenimiento, aparece plenamente probado la concurrencia de la causa 7ª del artículo 3º de la Ley invocada, limitada a los malos tratamientos de obra y a las injurias graves, que, entre otras, la cuarta y octava que no se han justificado, se deducen en la demanda, y no por un hecho aislado debido a un impulso pasajero, como pretende el recurrente, sino que tales excesos del marido a la mujer, como con notorio acierto afirma la sentencia recurrida, obedecieron a un estado de discrepancia o disgusto arraigado que culminaron en escenas violentas, llegando a vías de hecho que hicieron surgir el procedimiento criminal" Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 1088-; "... Que alegada la injusticia notoria del fallo como causa del presente recurso, promovido al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, por estimar que la Sala "a quo", con apreciación errónea de las pruebas practicadas dejó de acoger la causa 7ª del artículo 3º de la Ley citada, surge el obligado exámen de todos los elementos de prebanza aportados al juicio; y analizados éstos dentro del margen permitido por la naturaleza del recurso, resulta evidente la realidad de los malos tratamientos de obra y la calidad suficiente

mente grave de los mismos, pues los testimonios que así lo afirman no hay razón alguna legal ni ética que los desvalorice, máxime existiendo prueba plena de lamentables sevicias materiales que, aunque prescritas conforme al artículo 8º de la Ley citada, no pueden menos de ser elementos de apreciación para calificar los hechos que entran en el ámbito de este juicio y la credibilidad debida a los testigos que los aseveran; por todo lo cual, y salvando además el error de la Sala de instancia, de que las agresiones de obra motivo de autos, sean, hechos sólo reveladores de discusiones y disputas conyugales, ya que integran por su gravedad la causa séptima alegada, es forzosa la estimación del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 448-; "... Que en el caso de autos impugna don E.S., la sentencia que dictó la Audiencia de Valencia por haber estimado en contra suya la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su modalidad de los malos tratamientos de obra, juzgando que al hacerlo así el Tribunal "a quo" cometió con él una injusticia notoria al apreciar la prueba; pero la revisión de la documental y testifical practicadas en el pleito que conjuntamente ponderó la Sala sentenciadora para llegar al fallo recurrido, lejos de demostrar el supuesto yerro que le atribuye el S. patentiza la razonada y lógica valoración que de ella hizo el Tribunal indicado, para declarar incurso al marido en la referida causa séptima del artículo 3º de la Ley ante la certeza de los malos tratamientos de obra productores de lesiones de que hizo objeto a su esposa doña J.M., en la forma y modo que la sentencia detalla constitutivos de sevicia corporal siendo por tanto improcedente el recurso de revisión interpuesto por don E.S. en estos autos por cuanto la supuesta injusticia notoria que alega no existe en la sentencia por él impugnada": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1536-; "... Que la detenida revisión de la prueba practicada por la demandante respecto del primer motivo de impugnación del fallo recurrido, acredita sin duda alguna la procedencia del mismo, puesto que si después de afirmar la Sala sentenciadora en los fundamentos de aquél que la demandante pretendió demostrar que en algunas ocasiones la hizo víctima su marido de malos tratos de obra y que éstos se desprenden de la prueba, encontrándolo el Tribunal "a quo" muy censurable, en vez de aplicar a tales hechos que juzga demostrados el precepto contenido en el número séptimo del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 para apreciar conforme a esta causa aducida por doña E.B., con la culpabilidad del demandado, el divorcio interesado en la demanda, la Audiencia de Valencia por no encontrar precisado en los autos el número de aquellos sufridos por la esposa ni la intensidad de los mismos cuando al afirmar la pluralidad del maltrato de obra infringido por el marido a su esposa reconoce que no se trata de un caso esporádico en la vida matrimonial, y al añadir que en una ocasión las lesiones que produjo a su cónyuge y a un hijo de ambos que acudió en auxilio de su madre necesitaron seis días de asistencia facultativa para su curación, ofrece una muestra por lo menos de la entidad de las mismas, resuelve que no ha lugar al divorcio que interesó la esposa fundada en la causa séptima del artículo 3º de la Ley, manifiesta y patente es la incursión del fallo en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio y justificado se halla por lo tanto que esta Sala deba dar lugar al motivo primero de revisión de la sentencia impugnada que doña E.B. alegó en su recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2324-.

(457) "... Que del estudio y juicio de las pruebas practicadas a instancia de ambas partes para apoyar y rebatir respectivamente la existencia de los malos tratamientos de palabra y obra que la esposa pretende haber sufrido del marido no se desprende su realidad en grado que suponga una sevicia corporal u ofensa al honor de la supuesta víctima sino a lo sumo discusiones y diferencias ocasionadas por motivo de índole económica y vulgares contrastes de caracteres, que en manera alguna pueden determinar una razón eficiente para consagrar la suspensión legal de la vida matrimonial; y en estas consideraciones se ha apoyado la Sala sentenciadora para denegar con indiscutible acierto y buena justicia el divorcio impetrado por la demandante": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1348-; "... Que los malos tratamientos, causa de divorcio, señalada como la séptima, de las que enumera el artículo 3º de la ley del concepto, han de hallarse plenamente probados e implicar una notoria gravedad que revele el peligro de la convivencia de los cónyuges y la alta convivencia de no continuar los que claramente han demostrado la irreductible enemiga que espiritualmente los tiene de hecho separados, por lo cual, y aún en el supuesto de hallarse

probadas las divergencias conyugales, nunca pueden alcanzar en ciertos modos sociales tan considerable importancia, si no han rebasado los límites de disputas más o menos violentas que no trascienden del domicilio, ni requieren la intervención de la autoridad, como tampoco la asistencia facultativa, por la levedad de los traumatismos que pudieran haberse producido": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1771-; "... Que no puede alegarse con éxito la injusticia notoria de una sentencia que absuelve al marido de una demanda de divorcio que su mujer le formuló, cuando ésta en las causas fundada... y séptima de la Ley de Divorcio se comprueba del examen de los autos que... en cuanto a los malos tratos de obra de la causa 7ª, únicamente existe en autos la certificación de una sentencia dictada en juicio de faltas contra el marido por lesiones a su mujer, en la que, si bien aquél fue absuelto en el Juzgado municipal y condenado por el Juzgado de instrucción de la segunda instancia a cinco días de arresto, no es menos cierto que las lesiones que sufrió la mujer fueron erosiones en el dorso de la mano izquierda, que necesitaron sólo dos días de asistencia facultativa, habiéndose solicitado por el Ministerio Fiscal en ambas instancias la absolución del marido, circunstancia que no permite estimar aquellos tratos como comprendidos en la causa séptima de la Ley y con fuerza suficiente para declarar por ellos el divorcio, y si bien algunos testigos de la demandante confirman los malos tratos, se refieren a los que originaron el referido juicio de faltas": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1457- "... Que el recurso de revisión por injusticia notoria interpuesto por la recurrente doña C.M. amparada en el número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 se basa en que la Sala de instancia debió dar lugar al divorcio solicitado por aquélla, apreciando la concurrencia de la causa séptima del artículo 3º de la propia ley, pero reducidos los maltratos de obra imputados al marido a una contusión en el tercio inferior del brazo derecho, de cuyo hecho se dió cuenta a la autoridad judicial no constando el fallo recaído en el juicio de faltas, a haber instado la recurrente en 1931 el depósito para promover contra su marido demanda de divorcio por malos tratos cuya realidad de éstos no se acredita ni en qué consistieron y a la declaración prestada por la testigo doña J.E. que afirmó haber presenciado una agresión del marido a su esposa, que la produjo un desmayo, son estos elementos de convicción de tal inconsistencia y escaso valor, que cual lo apreció el Tribunal de instancia no pueden determinar la concurrencia de la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de trámite": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 539-; "... Que la injusticia notoria alegada en el recurso tiene como única base el hecho de no haber apreciado la sentencia recurrida la realidad de los malos tratos que integraban la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, invocada entre otras, en la demanda, pero ante los razonamientos consignados por la Audiencia en el Considerando tercero de su resolución, para no estimar aquélla causa, toda injusticia desaparece, porque si bien es verdad que en los autos existe una certificación del Juzgado Municipal de Carabanchel Bajo por la que se acredita que el marido fue condenado a cinco días de arresto menos, por lesiones a su mujer, y la madre y una sobrina de la demandante las confirman, no es menos cierto que ambas pruebas -documental y testifical- son examinadas y recogidas por la Audiencia en su mencionado considerando y los argumentos en que se funda para no estimarlos como causa de divorcio, no constituyen notoria injusticia, ya que el hecho de haberse dictado sentencia condenatoria tres años y medio antes de la presentación de la demanda y ser los testigos dos, concurriendo en ellos la circunstancia de parientes próximos de la demandante, son razones suficientes en unión de las demás afirmaciones de la Audiencia para el criterio justo del fallo recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 972-; "... Que la apreciación de prueba realizada por el Tribunal "a quo", para de la misma inferir no hallarse acreditados extremos de hecho constituyentes de la causa séptima de la Ley de 2 de marzo de 1932 invocada para el divorcio, obedece a juicio crítico racional y sano que autorizan la conjunción de los testimonios verbales proporcionados; pues ni es dable prescindir para calificarlos del vínculo parental de la mayoría sobre actos que cabe demostrar por otros extraños, ni aunque todos se estimen veraces debe concederse importancia eficiente para romper el matrimonio a los dos extremos concretados, reveladores de unos disgustos domésticos, si deplorables, inconsistentes a tal efecto, y por ello no ocurre la injusticia que atribuye el recurso, que también,

y por sustituir con su criterio el del sentenciador, no puede prosperar": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1558-.

(458) Cfr. Criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 816-: El marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que decreta el divorcio de los cónyuges por apreciar la existencia de los malos tratamientos de obra por parte del demandado contra su esposa la actora, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo que, con base a la doctrina expuesta, revoca el fallo de instancia:

"... Y, a este respecto, es forzoso reconocer que lo liviano y deleznable de las pruebas practicadas para acreditar este extremo, la ausencia de hechos concretos y específicos (fuera del que se le atribuye al marido de haber dado, en cierta ocasión, unas bofetadas a su esposa) que permitan valorar la entidad e importancia de las supuestas ofensas materiales, y, sobre todo, la conducta, por lo menos, desenvuelta y desenfadada de la esposa, revelada muy especialmente en los documentos señalados con los números 2 y 5 (folios 65 y 67 de las actuaciones), cuya autenticidad, negada por la recurrida, fue reconocida y acreditada de manera incurra en doble y unánime dictamen pericial, si no justifican, disculpan los arrebatos y exaltaciones que, nublando el juicio del esposo, le arrastraron a alguna pequeña violencia, reacción natural a las ofensas recibidas, de notoria inconsistencia, para estimarse comprendido, como cónyuge culpable del divorcio, en la causa número 7ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, incidente, por ello, la Sala sentenciadora, en la injusticia notoria de que se acusa al fallo recurrido".

En este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 761-: El marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que decreta el divorcio de los cónyuges por concurrir en contra del demandado la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su aspecto de malos tratos de obra, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo que, con base a la doctrina expuesta, revoca el fallo de instancia:

"... Que para apreciarla el Tribunal "a quo" en el otro aspecto de malos tratos de obra, que también se comprenden en la repetida causa de divorcio, parte del hecho de que transcurrido un lapso de tiempo de seis meses desde que tuvo lugar la escena a que alude el Considerando anterior, y que motivó la separación del matrimonio, yéndose el marido con sus hijos a vivir a Novelda, mientras que la esposa se quedó en su domicilio de Agost, al presentarse un día ésta en un automóvil en la plaza de Novelda, en ocasión de hallarse allí el recurrente acompañado de un hermano suyo, aquél la hizo víctima de malos tratos de obra dándole algunas bofetadas, cuyo hecho presenciaron varios vecinos que allí se encontraban; y si bien es cierto que el tiempo pasado sin verse el matrimonio, en circunstancias normales, es lógico pensar que pudiera ser un sedante para calmar la irritabilidad y la excitación propia de todo hecho digno que justificadamente o aunque por celos infundados se cree ofendido en su honor por infidelidades de esta naturaleza, también es racional suponer que un marido que se encuentra en tales circunstancias y que se marchó con sus hijos del domicilio conyugal sin volver a tener la menor relación con su mujer y que al verla por primera vez dentro de un automóvil en la ocasión y forma que queda dicho en la plaza del pueblo donde él habita, ello, unido a las incitaciones que su hermano le hiciese contra su esposa, recordándole con una expresiva frase aquellos sucesos acaecidos seis meses antes y, además, la idea que, según tiene manifestado el recurrente, cruzó por su pensamiento de que aquel viaje pudiera tener por finalidad el propósito de la madre de arrebatarse alguno de sus hijos, todos estos elementos, debidamente apreciados, llevan a la consecuencia de que quien obra en esas circunstancias carece de la libertad de acción y de la reflexión necesarias para poder medir el alcance de los actos que realiza; y por consiguiente ese hecho aislado de maltrato de obra, único que se conoce que el recurrente haya llevado a cabo contra su esposa mientras vivieron reunidos, lo mismo que después de separarse, efectuado bajo el influjo de un estado pasional y de verdadero

arrebato que había de perturbar su inteligencia y constreñir su libertad, no puede constituir la causa de divorcio de maltrato de obra, que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal tiene declarado en varias sentencias, entre otras en las de 10 de Diciembre de 1932 y 5 de Julio de 1933, en las que se sienta la doctrina de que no puede fundarse en un hecho casual y aislado como consecuencia de una de tantas cuestiones de las que se suscitan en la vida conyugal por virtud de hechos pasajeros y sin ánimo ni intención de producirlos; sino que han de ser de tal entidad que supongan una sevicia corporal u ofensa al honor y a la dignidad de la supuesta víctima; o que impliquen una gravedad que revele el peligro de la convivencia conyugal, de todo lo cual se deduce que al apreciar el Tribunal sentenciador la existencia de la causa de divorcio expresada cometió injusticia notoria que impone la estimación del presente recurso".

(459) Cfr. criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 886-: El marido demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que deniega el divorcio de los cónyuges por la causa séptima del artículo 3º de la ley de Divorcio, invocada, entre otras, por aquél como fundamento de su demanda, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por aplicación de esta doctrina:

"... Que en orden al recurso entablado por el Sr. K. no es de apreciar la injusticia notoria de que acusa el fallo recurrido; toda vez que si bien el Tribunal "a quo" reconoce y declara probados los hechos relativos a que la señora O. pronunció las palabras, emitió los conceptos y adoptó las actitudes consignadas en el escrito de demanda, llegando a maltratar a su esposo, también lo es que, el mismo Tribunal, recogiendo con sano espíritu crítico los elementos probatorios aportados al juicio, infieren de ellos, lógicamente, que tales hechos, obedecían a la firmísima creencia que abrigaba, la demanda, de que su marido faltaba a los deberes de fidelidad, lo que perturbaba su espíritu, y carecían, por ello, de la nota del dolo específico generador de las causas séptima y octava del artículo 3º de la ley, esgrimidas por el actor contra su esposa; ateniéndose la Sala sentenciadora al pronunciar así su juicio, a la doctrina reiterada, mantenida por este Tribunal Supremo, que priva del carácter injurioso o determinantes malos tratos, a las expresiones y actos, impropios o violentos, que un cónyuge emplea contra el otro, cuando se producen como retorsión o natural defensa de sus derechos lastimados y desconocidos por su consorte, y en el presente caso la actitud de doña T.O., según rectamente afirma el Tribunal de Instancia, basándose en la prueba practicada, era debida a que su marido no se abstenía de realizar aquellos actos conocidos de su esposa y productores de sus celos que hubieran conducido al restablecimiento del debido equilibrio de la relación y convivencia matrimonial, no siendo de estimar, en su consecuencia, el recurso deducido por la representación de don A.K."

Aparentemente contradictoria es la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia de 1932-1933, Aranzadi, 1610-, mas en la misma, si bien se dice que "ni la infracción de lo dispuesto en el artículo 57 del Código civil ni las incomprensiones y ligerezas que a la demandante achaca la sentencia recurrida las prevé ni estima la ley de Divorcio como causas justificativas de esas violencias ejercidas por don Rafael M. sobre la persona de su esposa que la Sentencia del Tribunal inferior aprecia", la estimación de la causa séptima del artículo 3º de la ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma en contra del marido demandado obedece a la patente realidad de que los malos tratos de obra y de palabra los realizó el marido demandado "sin razón circunstancial fundada que los determinase":

"... Que la Audiencia de Madrid, en el fundamento primero de la resolución recurrida estima probado el hecho de que durante los altercados que en su domicilio de esta villa tenían los esposos H.-S., el marido dirigió a su esposa palabras ofensivas y en algunas ocasiones llegó a maltratarla, y reafirma los malos tratos de obra y de palabra causados por el esposo a su cónyuge en el Considerando segundo de su sentencia; pero si el Tribunal

de instancia en aquel primer fundamento no asevera que la indicada conducta de don Rafael H. con su esposa, cuya absoluta honorabilidad proclama la Audiencia, se produjese por inmediata retorsión de las supuestas injurias graves y violación de los deberes conyugales que dicho señor atribula a su cónyuge para solicitar el divorcio vincular que por reconvencción interesaba, puesto que la sentencia impugnada no ha estimado esta solicitud, y en el expresado segundo Considerando declara la Audiencia que no encuentra suficientemente esclarecido el motivo ocasional de los malos tratos de obra y de palabra del señor H. a doña Amparo S., patente y escueta queda en la sentencia impugnada la declaración de los hechos de la Sala de que unos y otros los realizó el demandado sin razón circunstancial fundada que los determinase, ya que ni la infracción de lo dispuesto en el artículo 57 del Código Civil ni las incomprensiones y ligerezas que a la demandante achaca la sentencia recurrida las prevé ni estima la ley de Divorcio como causas justificativas de esas violencias ejercidas por don Rafael H. sobre la persona de su esposa que la sentencia del Tribunal inferior aprecia; y, por consiguiente, manifiesto es que si a pesar de reconocerlas de un modo expreso el Tribunal "a quo" por la racional apreciación que hace de la prueba, no estimó que tales hechos se hallaban comprendidos en el número segundo del artículo 36, en relación con la causa séptima del artículo 3º de la ley de Divorcio invocados por la parte actora, y que de su realización era culpable don Rafael H., que los produjo, es indudable que el fallo recurrido está incurso en la causa 3ª del artículo 57 de la indicada ley, puesto que dejó de aplicar a la situación de hecho por la Sala afirmada, el precepto legal cuya adaptación al caso era ineludible, y que por ello procede acoger el recurso de revisión entablado por doña Amparo S."

Aun cuando parece llegar a la misma conclusión la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1687- al señalar que: "... aunque no puedan estimarse los hechos realizados por la demandante como causa de justificación de los que se imputan al recurrente", se llega por vía indirecta a la doctrina reseñada, declarándose no haber lugar a esta causa de divorcio o separación porque: "... quien es culpable del agravio primero en la calidad y en el tiempo no puede utilizar como motivo justo cualquier otro naturalmente provocado por el suyo":

"... Que aún dándose por plenamente probados los hechos referidos, no podría en el caso de autos dárseles el alcance de ser constitutivos de causa legítima de divorcio, porque producidos como consecuencia de la conducta reprobable de la demandante, gravemente perturbadora de las relaciones matrimoniales, que la Sala sentenciadora estima justamente demostrada y por los hechos que la integran declara el divorcio con culpabilidad de la esposa, respondiendo al requerimiento que por reconvencción hizo el demandado; y aunque no puedan estimarse los hechos realizados por la demandante como causa de justificación de los que se imputan al recurrente, es lo cierto que quien es culpable del agravio primero en la calidad y en el tiempo no puede utilizar como motivo justo cualquier otro naturalmente provocado por el suyo, porque al menos el motivo grave de ella, estimulante del que utiliza como causa de pedir, quita a éste la trascendencia necesaria para que se pueda imputar sin equivocación evidente a su autor, indignidad moral cuando fundamentalmente alega los graves actos de infidelidad de su esposa la demandante, que, bordeando el número 1º del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 caen de lleno en el número 8º del propio precepto".

(460) Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción de la causa séptima del citado artículo del dictamen, causa octava conforme al voto particular:

"8º: Los malos tratamientos de obra o las injurias graves" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NÚM. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 10 de Febrero de 1932 -NÚM. 114-, toma la palabra el Sr. Fernández Clérigo la expresión "malos tratamientos de palabra" es una expresión demasiado amplia, ya que cualquier frase malsonante que en una disputa, en un alarameo pueda proferirse dará lugar a un divorcio; mas es también una expresión demasiado estrecha, causa por la que trata de sustituirla por la de "injurias graves", ya que la injuria no es sólo una palabra, puede ser también un acto, es "toda acción ejecutada o toda palabra proferida en deshonra,

descrédito o menosprecio de una persona", no bastando el elemento objetivo -la palabra proferida, el acto ejecutado-, sino que es necesario además el elemento subjetivo de la intencionalidad, siendo además, preciso, que se trate de injurias "graves", esto es, que puedan perturbar el orden familiar:

"... Sres. Diputados, este voto particular se limita absolutamente a sustituir la frase "malos tratamientos de palabra", que se emplea en el dictamen, por el concepto de "injurias graves". Es fácil la defensa de esta tesis. En primer lugar, ninguna legislación, absolutamente ninguna que yo conozca, e invito a los juristas que me escuchan a que me rectifiquen si incido en error, utiliza esa frase de "malos tratamientos de palabra". Todas las legislaciones emplean, en cambio, el concepto de "injurias graves", que es el que yo trato de estampar en la ley que estamos discutiendo. Y no sólo las legislaciones, la Comisión Jurídica Asesora utilizó también en su dictamen estas mismas palabras: "injurias graves". Y el proyecto presentado aquí por el Sr. Ministro de Justicia decía también "injurias graves". Ante esta unanimidad de pareceres, sólo es discrepante la Comisión parlamentaria, que trata de enmendar la plana a todas las autoridades legislativas y a cuantos la han procedido en esto, y propone que se empleen los términos "malos tratamientos de palabra".

Y yo voy a exponer a la consideración de la Cámara que esta frase es, por un lado, demasiado estrecha, y, por otro, demasiado amplia. Es demasiado amplia, porque, en verdad, que cualquier frase malsonante que en una disputa, en un acaloramiento, en un "rifi-rafe" familiar, pueda proferirse, dará lugar a un divorcio, y si del divorcio hemos de eliminar, como se pretende, a la clase de letrados que puede haber, merodeadores del mismo, como es fácil que ocurra, yo invito a la Cámara a que considere la importancia de las consecuencias que el establecer tales motivos de divorcio puede acarrear.

Por esto, yo trato de sustituir, como digo, la frase "malos tratamientos de palabra" por la de "injurias graves". Que la injuria no es solo una palabra; la injuria -y aquí viene lo estricto de este concepto- puede ser también un acto, porque es toda acción ejecutada o toda palabra proferida en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona. Y no basta el elemento objetivo, la palabra proferida, el acto ejecutado; es menester algo más: es menester el propósito, la intención de ofender, de desacreditar, de deshonrar, de dañar en su buena fama y crédito a una persona, y sólo cuando concurren estos elementos, cuando coinciden el elemento objetivo del acto o la palabra y el elemento subjetivo de la intencionalidad, es cuando surge completo, como causa inicial del divorcio, el motivo de la injuria. No hasta esto, es preciso acentuarlo; es preciso que se trate de injurias graves, porque sólo acentuado así, es cuando puede perturbar absolutamente el orden familiar y cuando puede dar lugar a las graves consecuencias que un divorcio vincular puede traer, no sólo en orden al patrimonio de la familia, sino también en cuanto a las personas y a los intereses de los hijos, y esto no puede quedar así en un concepto tan elástico y de tanto juego como ese concepto de los malos tratamientos de palabra. Por todas estas razones, yo mantengo este voto y me animan fundadas esperanzas de que, en virtud de estos principios que la sustentan, ha de ser aceptado por la Cámara".

En nombre de la Comisión, oponiéndose al voto particular del Sr. Fernández Clérigo, interviene el Sr. Baeza Medina que basa esta oposición en el sentir unánime de la Comisión de establecer causas de tipo lo más general posible, para que sea el juzgador, en cada caso concreto, el que discierna la realidad de la existencia de la misma en términos bastantes para producir el divorcio, lo contrario que hace el voto particular del Sr. Fernández Clérigo que al sustituir la expresión del dictamen por la de "injurias graves" va a la definición de injuria que establece el Código penal, restringiendo así la labor interpretativa del juzgador:

"... Como habrán observado los Sres. Diputados, la diferencia que establece el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, con relación al dictamen de la Comisión, es la siguiente: en el dictamen de la Comisión, la causa 7ª de divorcio dice: "los malos tratamientos de obra o de palabra", y el voto particular del Sr. Fernández Clérigo expresa "los malos tratamientos de obra o las injurias graves"; es decir, que ha sustituido "los malos tratamientos de palabra" por "las injurias graves". Esto es, concretamente, lo que diferencia el voto particular del dictamen de la Comisión, y la Comisión insiste en su dictamen, oponiéndose al voto particular del Sr. Fernández Clérigo, fiel a la orientación que sigue en dicho dictamen, o sea establecer causa de tipo lo más general posible para que sea

el juzgador, en cada caso concreto, el que discierna la realidad de la existencia de esa causa en términos bastantes a producir el divorcio. Descender de lo general a lo específico, sustituyendo los malos tratamientos de obra (que el juez estimará, en su caso, cuándo deben producir el divorcio) por las injurias graves, a tanto sería, con un criterio excesivamente leguleyesco, como ir a distinguir entre lo que pudiera ser injuria y calumnia; es decir, que el Sr. Fernández Clérigo, al determinar que las injurias graves serían las que causasen el divorcio, va a la definición de injuria que establece nuestro Código penal, y se podría dar el caso peregrino de que otras palabras -no menos ofensivas que las injurias: la calumnia, por ejemplo- no estuvieran comprendidas dentro de esa causa 7ª. Ese es el inconveniente de llegar en las leyes a casuísmos y a precisiones de tal forma, que luego determine para los juzgadores una imposibilidad en aplicar el verdadero espíritu de ella. Por este motivo, la Comisión, con la brevedad que debe establecer por norma, es por lo que no acepta el voto particular del Sr. Fernández Clérigo".

Interviene a continuación, en defensa del voto particular del Sr. Fernández Clérigo, el Sr. Sánchez Román que señala, al igual que hiciera aquél, que la expresión "malos tratamientos de palabra" sí, de una parte, amplía la Ley de Divorcio en unas proporciones de las que no hay ejemplo en ninguna legislación, de otra, deja fuera de la acción de divorcio todo lo que sea, por parte del marido o de la mujer, una conducta intencionada para perturbar la convivencia espiritual del matrimonio pero que no se manifieste ni en golpes ni en insultos: de ahí el poder de expansión extraordinario de la expresión "injurias graves", una expresión con un sentido específico en la Ley de Divorcio, desligada del sentido puramente penal que la misma pueda tener y que, además, tiene la ventaja de estar ya incorporada a nuestra legislación e incluso al pensamiento de nuestros Tribunales civiles:

"... Sres. Diputados, yo intervengo en este voto particular porque creo, y oídas las explicaciones de la Comisión con más motivo, que quizás no se ha precisado la diferencia, el matiz, que justifica, a mi modo de ver, de una manera completa, el voto particular del Sr. Fernández Clérigo.

El proyecto del Sr. Ministro, en la causa 7ª, al referirse a los atentados de un cónyuge a la vida del otro o de los hijos, agregaba, como causas también de divorcio, "los malos tratamientos de obra o las injurias graves". La Comisión parlamentaria ha modificado este texto y ha señalado "los malos tratamientos de obra o de palabra", y yo creo que en este punto la Comisión parlamentaria ha ofrecido un dictamen que quizá sometido a una revisión tan breve como sencilla, se rectifique otra vez hacia el proyecto ministerial, que tiene, a mi juicio, una ventaja positiva, evidente.

En muchas leyes de divorcio que están dando un juego útil, es decir, que se están aplicando con eficacia, ha sido empeño muy definido separar 3 hipótesis distintas: el atentado grave a la vida de un cónyuge por el otro o a los hijos; los malos tratamientos de obra, como sevicia, y, además, las injurias graves: entre la sevicia y la injuria grave, naturalmente, no hay paridad ni equivalencia, y lo importante en una ley de divorcio es diferenciar bien las hipótesis antedichas. Los malos tratamientos de obra, los casos de sevicia, son actos de violencia o por lo menos de amenaza, y hay muchos actos... en los cuales no sería posible, no habría medio de imputar al marido o a la mujer, pero más corrientemente al marido, ningún acto de violencia, ni ninguna amenaza concreta y, sin embargo, podrían imputársele, como hechos atribuidos a su culpa, ciertos actos que, sin ser de violencia sobre la persona de su mujer, ni amenaza para su salud, ni nada que con la sevicia se toque, se representen, sin embargo, como enormemente ofensivos e injuriosos para la mujer y para la comunidad del matrimonio.

Por esta razón, sobre la que volveré enseguida, todas estas legislaciones han tenido un cuidado, que es señalar junto a la causa de sevicia, también la injuria grave; ambas como entidades o categorías diferentes, y la última con un poder de expansión extraordinario que hace a la ley de divorcio que la acoge mucho más eficaz, porque abarca muchos más casos de aplicación.

Decía el Sr. Baeza Medina que había el peligro de dar un sentido puramente penal a la expresión "injurias graves", y ya estamos otra vez, como siempre, en el problema de si cuando se trata de ley de divorcio hay que coger todas las categorías hechas en leyes



distintas y darles exclusivamente ese sentido. Yo entiendo que no, que toda expresión de ley de divorcio tiene un sentido específico en la ley de divorcio, y que así todas las legislaciones de divorcio, cuando emplean la categoría de las injurias graves, se refieren a otros casos también que nada tienen que ver con el insulto grosero, con el proferir una palabra incorrecta hacia el otro cónyuge, ni nada parecido.

Voy a exponer a la Comisión parlamentaria -seguramente lo sabe mejor que yo- casos de la jurisprudencia que han servido como mucho motivos de divorcio en aquellas legislaciones donde se admite como causa la injuria grave; por ejemplo, el marido o la mujer se oponen a que sea bautizado uno de los hijos, no obstante la promesa anterior que el cónyuge había hecho de que consentiría que se bautizase: este es un caso resuelto por la jurisprudencia extranjera y en el que se ha basado una causa de divorcio por entender que en esta conducta del marido -en este caso podía ser lo mismo de la mujer- hay una injuria grave. El marido, por ejemplo, se niega a fijar un domicilio, a fijar una residencia adecuada a la posición social de la familia, y este es un acto también que, sin significar un grosero insulto ni una expresión proferida, está catalogado en la jurisprudencia extranjera como una injuria grave, causa de divorcio. Y podríamos seguir recogiendo una multitud de ejemplos en los que se revela algo que tiene el máximo interés, porque ponen de manifiesto la existencia de una norma de divorcio capaz de tutelar intereses primordiales de la comunidad espiritual del matrimonio.

Estas leyes de divorcio no pueden ser de causa taxativa; tienen que emplear conceptos cuyo contenido, manejado hábilmente, expertamente por el juez, den solución a una serie de casos concretos y particulares cuya fisonomía especial no ha podido ser prevista de manera expresa en ninguna disposición legal. Y aquí me permito llamar la atención a la Comisión sobre un punto. Constantemente se ha dicho que el proyecto de divorcio ministerial era un proyecto un poco tímido, no tan radical como lo apetecía la Comisión parlamentaria; pues bien, yo le vuelvo el argumento directamente a la Comisión parlamentaria, porque lo que ha eliminado de su texto es una causa de divorcio de las que se puede decir que tienen verdadera fuerza expansiva, en cuanto recoge una serie de hipótesis que la realidad constante de la vida matrimonial anómala puede plantear, y las cuales no tendrían fácil acogida en un sistema de categoría cerradas que prescindieran de esta brecha abierta por el concepto elástico de la injuria grave, que es tan útil para recoger tantos supuestos que en la realidad se presentan y que en la ley no tendrían jamás dotación adecuada y concreta. Por consiguiente, yo, que no discutiría con la Comisión cuando ésta retira uno de los conceptos del proyecto por entender que tiene una definición equivocada o que es un matiz de detalle, en cambio, cuando veo que la Comisión retira nada menos que una de las causas de mayor fuerza expansiva, tengo que levantarme a decirle a la Comisión, con todo respeto, naturalmente, pero, en fin, con el mayor interés, que se fije bien en que va a ir a eliminar precisamente una causa que es la que en las legislaciones de divorcio produce el mayor efecto y, por tanto, que tenga en cuenta que retirar esas dos palabras del proyecto ministerial, es nada menos que cercenar la potencia de la ley en una proporción verdaderamente incalculable.

No me permitiría hacer estas observaciones si fueran de cuenta personal; pero es que este punto de vista es el que, al parecer, ha servido en una mayor parte de la legislación comparada para justificar que en toda ley de divorcio se emplee una técnica extensible dentro de la cual puedan ser recogidos todos estos casos multiformes. A este fin, las leyes han seguido dos caminos: o el camino, por ejemplo, del Código Civil alemán, que ha ido a los hechos de incompatibilidad en la vida matrimonial, o el camino de la legislación francesa, compartido después en un sinnúmero de leyes de divorcio, que ha preferido recoger todos estos hechos posibles dentro de una definición abstracta la categoría de injuria grave, en la cual, vuelvo a repetir, ninguna la ley de divorcio ha pensado jamás como figura penal estricta, como no pensó tampoco nuestro Código civil cuando en su artículo 105 expresaba como causa de divorcio los malos tratamientos de obra o las "injurias graves".

Precisamente el recuerdo de nuestra propia legislación nos lleva a un argumento de singular ventaja. Siempre que se hace una ley hay que tener en cuenta cómo está formada hasta entonces la concepción jurídica de esa sociedad, y si ella tiene categorías ya

elaboradas es demasiado aventurado y peligroso sustituirlas por otras improvisadas, y si la legislación española tiene ya como norma o causa de divorcio la injuria grave, como entidad distinta de la sevicia o malos tratamientos, a mí me parece que no hay ninguna ventaja en suprimir ese concepto, que está ya incorporado incluso al pensamiento de nuestros Tribunales civiles, no dándole ningún valor ni significación penal, sino dándole un contenido puramente matrimonial y de divorcio, que es lo que interesa poner en primera línea dentro de estas normas que estamos formando.

No quiero cansar vuestra atención. El asunto es de una claridad notoria, a mi juicio: creo que la Comisión, al rectificar el proyecto del Sr. Ministro, llevó su impulso por una composición demasiado simple sobre lo que puede ser la sevicia material y lo que algunos llaman, impropiaemente, sevicia moral; esto es, sevicia sin violencia de hecho; pero yo entonces también llamo la atención a la Comisión.

Muchas veces se produce la más honda desarmonía en el seno del matrimonio a consecuencia de una conducta del marido o de la mujer que va buscando, sistemáticamente, sin violencias, amenazas ni insultos, hacer imposible la vida a su consorte, y esto no habría manera de incluirlo ni en los malos tratamientos de obra o de palabra ni, por tanto, en ninguna razón de sevicia: en cambio, esa otra conducta intencionadamente encaminada a perturbar aquello que debe respetarse al otro cónyuge, esa actuación constante de subordinar y dominar, de una manera desconsiderada, al cónyuge paciente; la realización de actos que no llevan otra finalidad que la de contrariar todos los sentimientos de la víctima matrimonial, todo eso es lo que estas legislaciones modernas con la acción de divorcio por injurias graves. Se permite al juez que en cada caso concreto aprecie si hay esa intención en la conducta que revisa y si la hay y es de suficiente gravedad para perturbar la armonía matrimonial, ese juez dirá: "Aquí aprecio una injuria grave y, por consiguiente, una causa de divorcio". Tiene, además, la ventaja este sistema, sobre otros que lo abandonan, de dejar siempre fundamentalmente establecido el principio de culpabilidad como clave en esta ley de Divorcio, y abre la posibilidad útil de llegar a la compensación de culpa.

Yo oía en el día pasado, con verdadera complacencia, a mi compañero de Comisión también en estos trabajos, Sr. Sanchis Banús, confesar cuál es la postura de esta inteligente minoría socialista, que, aspirando a unas posiciones extremas, reconoce que en el viaje de tránsito, en el camino hay que tomar posiciones provisionales y que, por tanto, sería absolutamente peligroso e inoportuno trasladar todas las normas del divorcio desde el principio de la culpa hasta el de la discrepancia objetiva, ya que era mucho mejor seguir caminando sobre las categorías que tienen sobre sí una dosis de experiencia, no solamente en nuestro propio derecho nacional, sino en otros territorios del derecho comparado que ilustra con su ejercicio cuál es el contenido posible de estos conceptos clásicos, más que viejos.

Perdonad el curso de estas observaciones; pero vuelvo a decir, en conclusión, que antes de rechazar esa expresión de injurias graves -como si el proyecto ministerial hubiera cogido al azar las palabras que más apropiadas le parecían en aquel momento para verter en el texto de la ley un concepto-, penséis en que las palabras que escogió el Ministro, las que figuran en su proyecto, son precisamente aquellas que tienen un contenido matrimonial hecho, específico, para el divorcio y que, por tanto, no se pueden substituir así como así, diciendo malos tratamientos de palabra y de obra en lugar de malos tratamientos de obra o injurias graves, ya que una composición u otra abren un porvenir completamente distinto en la finalidad práctica del divorcio.

Y si me permitís concluir con una ejemplarización comparativa sobre ambos textos, yo os voy a mostrar, muy brevemente, la ventaja de una dicción sobre la otra. Con el dictamen de la Comisión los malos tratamientos de palabra pueden ser: la incomodidad de un momento, el gesto de mal humor, la incontinencia de educación en el seno de un matrimonio, cualquier insulto, por banal y nimio que él sea: en esto si que habéis ampliado la ley de Divorcio en unas proporciones de las que no hay ejemplo en ninguna legislación; pero, en cambio, todo lo que sea, por parte del marido o de la mujer, una conducta intencionada para perturbar la convivencia espiritual del matrimonio, pero que no se manifieste ni en golpes ni en insultos, eso queda enteramente fuera de la acción de divorcio; y

la mujer, frente a un marido hábil, de sangre fría, le bastará con soportar como una víctima auténtica toda la ferocidad de refinamiento de una conducta malévola e intencionada en ese sentido, siempre que sea una conducta de guante blanco; con lo cual hacía una ley de privilegio para las clases educadas y, en cambio, colocáis en la situación constante del divorcio y del ataque judicial a aquella clase que por su menor educación se produce con una naturalidad que es tantas veces incompatible con las exigencias de un mínimo respeto mutuo entre marido y mujer.

Por estas razones invito a la Comisión y la suplico que antes de decidirse en este punto medite un poco sobre lo que representa el haber hecho desaparecer la injuria grave, que es un concepto esencial a la mecánica de esta ley de Divorcio" (Muy bien).

Tras la brillante intervención del Sr. Sánchez Román, toma de nuevo la palabra el Sr. Fernández Clérigo para agradecer a aquél su apoyo y sugerir a la Comisión, caso de haber cambiado de parecer, que no sería preciso dividir la causa 7ª del artículo 3º del dictamen en dos causas distintas, tal como lo hacía su voto particular, sino que bastaría con modificar el texto del dictamen cambiando la expresión "malos tratamientos de obra o de palabra" por la de "malos tratamientos de obra o injurias graves".

A continuación es de nuevo el Sr. Baeza Medina el que interviene, en nombre de la Comisión, para expresar de nuevo el criterio de ésta, que discrepa con el del Sr. Fernández Clérigo por entender que la injuria grave abarca dos conceptos distintos: el de la palabra, que recogería esta causa 7ª, y el de la acción, que recogería la causa 8ª; mas, no queriendo hacer cuestión de amor propio ni criterio cerrado de ésta su posición, deja la decisión final en manos de la Cámara:

"... La Comisión coincide con el Sr. Sánchez Román en el sentido que quiere dar a las disposiciones de la ley de Divorcio, o sea en el sentido de su generalidad y en que se vayan respetando conceptos jurídicos admitidos; pero señalaba antes su discrepancia con el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, porque entendía que la injuria grave abarca dos conceptos distintos: el de la palabra y el de la acción. Y la causa 7ª, a juicio de la Comisión, recogía mucho mejor el de la palabra y, en cambio, la 8ª es la que recogía la conducta, que es a lo que la acción se refiere.

El Sr. Sánchez Román ponía el ejemplo del cónyuge que antes del matrimonio (se parece que así era su ejemplo) hubiese prometido al otro una educación religiosa para uno de sus hijos, que luego, después de contraído el matrimonio, no aceptaba, y señalaba el ejemplo de que el marido no estableciera un domicilio con arreglo a las costumbres de vida, con arreglo a la posición social del matrimonio; y esto que él estimaba comprendido dentro del concepto injuria, puesto que resultaba una situación injuriosa para el cónyuge que la soportaba, está comprendido, a nuestro juicio, en la causa 8ª que dice: "... la conducta de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida común".

Por consiguiente, si la Comisión en esto ha tenido el criterio que expresamos antes, si ahora se justifica explicándolo aún más, es sólo para decir que ha distinguido perfectamente entre la causa 7ª y la causa 8ª, y que si llevaba el concepto "injuria grave" a la causa 7ª no sólo como palabra, sino como acción, puesto que la injuria comprende ambos conceptos, entraba de lleno y significaba hasta cierto punto, si no una contradicción, una confusión con la propia causa 8ª, que se ocupaba con la conducta. Nada más respecto a eso.

Por lo demás, la Comisión estima, y lo revela oponiéndose a votos particulares y ensien- das que así lo pretenden, que no debe haber subordinación alguna entre la ley de Divorcio y el Código penal, sometiéndose en el caso de bigamia o adulterio a que haya habido una declaración de un Tribunal de lo Criminal, pues cree que el hecho que determina el divorcio por sí sólo lo ocasiona, y estime o no el juez luego delictivo ese acto y se conozca o no de él por el Tribunal que ha de juzgar en lo Criminal; y aunque parece racional que, teniendo definidos legalmente la legislación española ciertos conceptos, como, por ejemplo, el de injuria, se pudiera esto prestar en la práctica -y hemos de evitar los legisladores siempre esa imperfección, con objeto de impedir pleitos- a que en los de divorcio, cuando se alegaran injurias graves, se pretendiese por el otro cónyuge que

si no era la injuria de las que establece la legislación española cuando define aquella, no estaba comprendida en esta causa de divorcio, como, al fin y al cabo, la Comisión no puede hacer nunca cuestión de gabinete criterios en los que le anima únicamente el deseo de acierto, ante la opinión de jurisconsultos de la categoría de los Sres. Fernández Clérigo y Sánchez Román, debe terminar diciendo que ella no hace cuestión de amor propio ni criterio cerrado esta posición suya y que se somete gustosísima, como siempre, a lo que la Cámara acuerde".

El voto particular del Sr. Fernández Clérigo es aceptado por la Cámara: Discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo: DIARIO DE SESIONES, TOMO VI, págs. 3730-3734.

(461) Un ejemplo claro en que se ven los dos conceptos que abarca este motivo de divorcio o separación, el de la palabra y el de la conducta, lo ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 327-: La esposa demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por Tribunal de instancia que deniega la separación de personas y bienes de los cónyuges por no apreciar en contra del marido demandado las injurias graves proferidas contra su esposa, estimándose por el Tribunal Supremo el recurso de la esposa:

"... Que apreciada la prueba practicada con respecto a este extremo, resulta que diversas personas de la familia, amistad y servidumbre de la demandante declaran haber oído proferir al demandado conceptos tan vejatorios para su esposa como los de que "tenía la leche envenenada" y que "estaba tísica", como asimismo lo reconoce el demandado en su escrito de contestación a la demanda y al contestar la posición vigésima de las que le fueron dirigidas, si bien procura desvirtuar el alcance injurioso de estos conceptos atribuyéndolos al del lugar común con que el vulgo expresa la circunstancia de no estar una mujer en debidas condiciones para prestar lactancia; y si a esto se añade que el médico de la familia declara haber oído al demandado que dudaba de la fidelidad de su esposa, así como de su paternidad del único hijo habido durante el matrimonio, hecho este también reconocido de modo explícito por el propio demandado al formular la repregunta décimasexta dirigida al propio doctor, en el sentido de que cuando le hizo tales manifestaciones, se encontraba muy excitado, y por ello el testigo consideraba que fueron hechas inconscientemente, es indudable que dicho demandado daba ocasión con tal conducta, a que su esposa, persona honorable y digna, se sintiese mortificada por la sevicia moral de que se duele en la demanda, puesto que al afectar hondamente a la dignidad y honradez tales expresiones, incide en el ámbito de gravedad injuriosa previsto en la causa de divorcio séptima del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 aplicable a la separación de personas y bienes por estar comprendida en el número segundo del artículo 36 de la expresada ley".

(462) "... Y así aparece que, si bien la Audiencia da por probado el hecho de haber proferido en algunas ocasiones el esposo demandado contra la actora las expresiones de puta, zorra y pendón, afirma con error, ya que nada a ello referente aparece en la prueba, que aquellas fueron dirigidas en momentos de irritación, y omite, en cambio, el hecho demostrado, que es forzoso enlazar con los anteriores, de haber el esposo manifestado que cierta "plaga de miseria", que padecía "se la había pegado su mujer, que era una puta que andaba con unos y con otros"; expresiones todas manifestamente injuriosas y gravemente ofensivas para una esposa, por modesta que sea su condición social, máxime cuando quien las dice es persona "de delicadeza y educación", según afirma al contestar, y puede medir la gravedad de las imputaciones reiteradas y públicamente dirigidas a su esposa; la cual, en el mismo hecho de intentar el divorcio revela tener la sensibilidad moral suficiente para sentirse herida en su honor de esposa y de mujer; siendo por tanto obligada la estimación del recurso, reconociendo la eficacia de los hechos alegados como fundamento de la causa séptima que procede apreciar": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 481-: "... Que no incurre la Sala sentenciadora en injusticia notoria al apreciar la existencia de las injurias graves constitutivas de la causa de divorcio séptima del artículo 3º, en relación con el número 2º del 36, de la ley de 2 de marzo de 1932, ya que varios testigos tienen declarado que don J.S. vino maltratando de obra a su esposa doña C.S. e injuriándola con las palabras "puta", "asesina", "bruta", "puerca"; y el mismo demandado, en su confesión, reconoce que desde cosa de un año antes del pleito había venido diciendo por todas partes que su mujer sostenía relaciones con

otro hombre": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1149-.

Según la doctrina jurisprudencial, no pueden atribuirse a las frases vertidas en los escritos de demanda y contestación, como encaminadas a la defensa del propio derecho, finalidad injuriosa, y así: "... Sin que el imputar la esposa, en la demanda, al demandado el haber cometido adulterio constituya injuria grave, como se pretende por el recurrente, porque se limitó a hacer uso de una causa del artículo 39 de la Ley del Divorcio para fundamentar su acción, que fue objeto de prueba, y que no se estima suficiente para acreditar aquel hecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 455 bis-; "...Que la recurrente basa la injusticia notoria del fallo, en la no estimación por éste de ciertos hechos que estima constitutivos de la citada causa 7ª y que consisten en expresiones proferidas por el marido en su escrito de contestación y reconvencción, a las cuales, como encaminadas a la defensa del propio derecho, no se les puede atribuir finalidad injuriosa": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 519- "... Por lo que a la causa 7ª se refiere, no surge esa notoria injusticia..., ni mucho menos de que la Audiencia no haya reconocido, considerándolas como tales injurias, las vertidas en la demanda o en la contestación a la reconvencción": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1131-; "... Que respecto a las causas... y séptima del tan repetido artículo 3º, la Audiencia, al no apreciarlas, no incurrió en el vicio de injusticia notoria, porque... por lo que se refiere a la causa séptima, circunscritas las injurias a la imputación de infidelidad hecha por el marido a la esposa, comentando en familia su comportamiento y alegándolas en el pleito no constituyen dicha causa por haber sido invocadas en su defensa lo que aleja la intención de deshonrar o menospreciar": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1378-.

(463) "... Que el recurso de revisión formulado por el marido contra la sentencia de la Audiencia de esta capital en pleito de divorcio, que su mujer le promovió, se funda en la causa 3ª del artículo 57 de la ley, o sea la injusticia notoria de aquella resolución, por haberse en ella aplicado indebidamente -según el recurrente- la causa séptima del artículo 3º de igual ley, toda vez que al apreciar la prueba practicada, de ella dedujo la Audiencia la existencia de malos tratos de obra e injurias graves por parte del marido, que éste estima no se han acreditado y que, aun acreditados fueron tolerados y perdonados por la mujer por el hecho de haberse ausentado el marido del domicilio conyugal en el año 1930, con el consentimiento de aquélla, que deseaba poner fin a las desavenencias conyugales.

Que procede desestimar el recurso, primero, porque la injusticia notoria no existe en la apreciación que de la prueba ha hecho la Audiencia en el primer Considerando de su resolución, sino al contrario, analizada la prueba practicada a instancia de la mujer, no sólo las declaraciones testificales quedan justificados los malos tratos y las graves injurias del marido, sino por propia confesión de éste, que reconoce haber acusado a su mujer de autora, por inducción de un delito de lesiones, cuyo sumario fue libremente sobreesfido, y posteriormente, ante el Juzgado municipal de la Universidad, de malos tratos de los que fue absuelta, acusaciones infundadas que deben estimarse como gravemente injuriosas a los efectos de la ley de Divorcio, todo lo cual evidencia la justicia con que la Sala sentenciadora declaró la existencia de la causa séptima del artículo 3º de la citada ley, y segundo, porque al hecho de que el marido se ausentara del domicilio conyugal en el año 1930, con consentimiento de la mujer, no puede dársele el alcance e importancia que el recurrente pretende de una tolerancia y perdón por parte de aquélla de los malos tratos e injusticias, que no sólo no perdonó, sino que los alegó en su demanda y prueba como uno de los fundamentos de su acción": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1660-.

(464) "... Que no obstante lo exótico de las pruebas de autos, según dice de ellas el Tribunal "a quo", es manifiesto que éste ha incurrido en error que justifica la notoria injusticia alegada por la recurrente señora F., al amparo del número 3º del artículo 57 de la ley de Divorcio al no destacar como probado el hecho de haberse procurado el esposo de aquélla, señor Ll., las certificaciones facultativas suscritas, una en 16 de Diciembre de 1931 por los doctores M. y C., y otra en 26 del propio mes y año, autorizada solamente por el último, y haber acudido

con ellos y con escrito de fecha 2 de Enero de 1937 al Juzgado de Primera Instancia correspondiente, solicitando del mismo apoyado en los artículos 10 y 21 del Decreto de 3 de Julio de 1931, referente a enfermos psíquicos, la constitución del depósito de su esposa, la señora F., en observación, y como "medio de tratamiento" en una casa de salud, que pudiera ser el sanatorio V.S.; todo ello obrado al efecto de desvalorizar las afirmaciones de hecho que su esposa hubiera de alegar en el pleito de divorcio canónico, a la sazón en curso; y tal hecho constituye evidentemente gravísima injuria, bastante a la estimación de la causa séptima del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, alegada por la recurrente, ya que la pública y tendenciosa imputación a ésta de esa psiconeurosis, con el móvil y tendencia de dar lugar a su internado en una casa de enfermos mentales, al sólo fin de la privación de libertad y consiguiente vejación, y de rodear su actitud social, y, especialmente, ante los Tribunales de la desconfianza natural que inspira la frecuente inveracidad de los que sufren aquel mal, no puede ser tenida, sino como una imputación culposa que hace procedente, con revocación de la sentencia recurrida, la declaración del divorcio por la causa citada, por culpa del esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1708-.

(465) "... Que el Tribunal "a quo" funda la razón de las injurias graves inferidas por el marido a la esposa no sólo en prueba pericial, sino también en la de presunciones complementadas por la de testigos, con referencia a malos tratos de palabra y frecuentes altercados entre los esposos, es decir que se apoya en un conjunto probatorio, revelador a no dudar de tales injurias, vertidas en una serie de anónimos que se dirigieron a diferentes personas, y cuya paternidad atribuida al recurrente quedó demostrada, valiéndose éste de ellos, para deshonorar a su mujer, achacándole el mantenimiento de relaciones carnales fuera del matrimonio, sin que semejante proceder pueda tener la significación de arrebatado momentáneo, hijo de un estado pasional, porque la persistencia en el agravio, no se compagina con ese sentimiento, engendrado en cambio, con mortificación de la víctima, un firme propósito de dañarla en su buena fama, constitutivo del "animus injuriandi", que alienta la causa séptima del artículo 3º de la ley que se estudia": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 480-.

(466) "... Un atento examen de las pruebas practicadas revela el acierto de la Sala sentenciadora por cuanto los hechos acreditados de los malos tratamientos de palabra con ofensa de los legítimos y naturales afectos de la esposa hacia sus padres; la exagerada generosidad del marido con la persona públicamente señalada como su amante, y la estrechez económica a que, en contraste con aquella riqueza, tenía reducida a su legítima mujer, son suficientes para integrar las injurias graves a que se contrae la expresada causa séptima de la citada ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 892-; "... Que el recurso de revisión apoyado en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de Divorcio interpuesto por doña Emilia S., contra el repetido fallo de la Audiencia de Barcelona, encaminase a demostrar la injusticia notoria en que a juicio de la recurrente incurre la sentencia al no haber dado lugar a las causas séptima y octava del artículo 3º de la ley, que con otras dos alegó en su demanda; y es lo cierto que en ella referida dicha causa séptima a la modalidad que contiene de las injurias graves que la parte actora entiende la vino infiriendo don Severino I. con el asiduo amistoso trato y la acaso exagerada protección que dispensa a un jovencuelo extraño a su familia, según asevera la sentencia combatida, en dichos particulares la revisión de la prueba en cuanto a tal extremo acredita de un modo cumplido el apartamiento en que desde el 22 de junio de 1932, vive don Severino I. del hogar conyugal y de su esposa e hija sin prestarles atención ni cuidados ni aquel acendrado afecto a que por razón natural podían aspirar, y puesto que esta singular conducta de desapego y desafección del marido para con su esposa e hija, contrastando con la que el demandado sigue con el aludido joven y abiertamente exterioriza evidencia ante propios y extraños el reiterado constante menosprecio con que abate la dignidad de su olvidada esposa y mancilla el puro sentimiento que en el corazón de un padre no debe ni puede razonablemente compartir con su única inocente hija ningún extraño, claro es que por extrañar tal modo de proceder de don Severino I., que la revisión de la oportuna prueba patentiza la flagrante omisión de una continuada grave injuria contra su esposa, debió estimar el Tribunal "a quo" la concurrencia en el caso de autos de la causa séptima del artículo 3º de la Ley del Divorcio, con la culpabilidad del marido y que al no haberlo hecho así en su

sentencia incide ésta en el motivo de revisión alegado respecto de aquella causa por doña Emilia S. y en su consecuencia debe prosperar en cuanto a la misma el recurso por dicha señora interpuesto: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 611-.

(467) "... Que si bien no se halla demostrada la causa 1ª del artículo 3º de la ley del Divorcio es cierto, que de la prueba practicada y de la copia de las dos sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos que se acompañan con la contestación y cuya autenticidad no fue negada por la parte contraria, aparecen hechos suficientemente probados de envidiable gravedad para don Luis de U., que evidencian la existencia de sevicia moral con su esposa, y que al no ser apreciados ni tenidos en cuenta por el Tribunal "a quo" hacen viable el recurso de revisión por injusticia notoria que ha interpuesto doña María Teresa L., fundado en la concurrencia de la causa séptima del artículo 3º de la citada ley, que la Sala de instancia no estima por entender erróneamente, que aquella causa se había apoyado exclusivamente en la circunstancia de haber afirmado el marido que su esposa padecía enajenación mental, siendo así que la sevicia alegada abarcaba mayor extensión y hacía referencia a la conducta irregular de su esposo y al desprecio del vínculo conyugal para con su mujer, hechos puestos de relieve por las relaciones amistosas de aquél con otra mujer y que si no son suficientes para tener por probado la infidelidad capital del marido son bastantes para llevar al ánimo de esta Sala el convencimiento de que tales relaciones constituyen una injuria grave para la legítima esposa, que afecta a los deberes esenciales del matrimonio o en orden a la mutua convivencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1551-; "...Que el Tribunal de instancia afirma que los disgustos surgidos en el matrimonio motivaron la separación, afirmación que resulta de los autos, pero se precisa, para las consecuencias que en derecho procedan, un examen minucioso de las actuaciones al objeto de llegar a conocer los motivos que produjeron aquella separación, así como cuál de los esposos dió lugar a ella, y a este respecto si bien cabe afirmar, como lo hace la sentencia recurrida, que no hay prueba bastante para estimar las causas primera, cuarta y octava, no así con relación a la séptima, pues aun cuando no se hayan acreditado los conceptos injuriosos para la actora ni los malos tratos, como se dice por la Sala sentenciadora, es lo cierto y ello aparece plenamente probado, que la separación del matrimonio obedeció sin género de duda a relaciones anormales que el marido sostenía con mujer que no era su esposa, y ese hecho envuelve una injuria grave a la mujer que quebranta la fidelidad conyugal, y que encaja en la dicha causa séptima que no se contrae exclusivamente a las palabras vejatorias que se pueden pronunciar sino que alcanza a hechos aún más graves que al ejecutarse, hicieron los sentimientos más íntimos de la dignidad y el honor de la esposa; por todo lo cual es visto que la sentencia recurrida incide en el vicio notoria y procede revocarla, decretando la disolución del vínculo además de por la causa doceava, por la séptima, con culpabilidad del esposo demandado": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1738-; "... Que sentada en la sentencia recurrida, lo mismo que en el informe rendido por el Juez, la conducta inmoral y deshonorosa de la demandada, que la Audiencia califica de incontinencia sexual incompatible con la más elemental honestidad, según aparece por modo claro e inequívoco de las resultancias procesales; forzoso se hace estimarla como gravemente injuriosa para el buen nombre del marido que en público concepto ha de verse mancillado en su honor y menosprecio en su estimación, desde el momento de ser conocida la bochornosa afrenta que su consorte le ha inferido. Que no puede ser objeto de discusión ni de duda racional la concurrencia del elemento intencional característico de la culpabilidad de los casos de esta naturaleza, por cuanto los hechos aquí constitutivos de la injuria grave; la continuidad en la irreprobable conducta; y el consciente y palmario quebrantamiento de los sagrados deberes de fidelidad conyugal llevan aparejada la más cumplida demostración de la plena responsabilidad de la persona que voluntariamente los ejecuta, y sólo una acabada prueba de inculpabilidad, bien "ex defectu mentis" o por otra grave causa absolutamente exculpatória, cuya comprobación de concurrencia ni siquiera se ha intentado, tendrá la fuerza suficiente para determinar una declaración contraria a esta natural y lógica presunción. Que como legítima consecuencia de los que procede, es forzoso declarar constitutivos de injurias graves comprendidas en la causa séptima del artículo 3º de la ley del Divorcio, los hechos que aparecen probados en el pleito, según reconoce acertadamente el

Tribunal sentenciador, lo que obliga a estimar la causa de revisión oportunamente alegada y dar lugar al recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 158-; "... Que del mismo modo se produjo rectamente el Tribunal de instancia al estimar la no concurrencia de las causas novena y décima, alegadas con la séptima del artículo 3º por la demandada al reconvenir, porque los hechos determinantes de aquéllas no fueron debidamente probados en lo que son sus características esenciales, pero en cuanto a la séptima fundada en malos tratos e injurias no son sólo aquellos los que señala el hecho sexto de la reconvencción circunscrita a un golpe en un ojo y en el pecho, sino que en el hecho séptimo se insiste en que a los malos tratos de obra acompañaban siempre los de palabra, concretándolos en la pregunta séptima del interrogatorio averada por varios testigos, en una vida diaria de martirio y de insulto, hechos que tienen su mayor exponente como de sevicia moral, en las relaciones ilícitas que siguió manteniendo el esposo, después de casado con la que antes había sido su amante, cual lo comprueban cartas obrantes en autos corroboradas por prueba testifical, y este proceder desleal representa el mayor agravio y ultraje y la demostración más palmaria de afrenta y menosprecio que cabía inferir a la esposa, siendo por ello indudable que si la infidelidad así manifiesta no basta sin otras pruebas a alcanzar la calificación legal de adulterio, constituye sí una injuria grave a los efectos de hacer aplicación de la causa séptima del repetido artículo 3º de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 524-

(468) Son varios los supuestos jurisprudenciales en que la única cuestión debatida se reduce al examen de este elemento subjetivo de la intencionalidad por combatirse únicamente la internacionalidad del cónyuge que profiere las palabras o ejecuta los actos que integran el elemento objetivo de este motivo de divorcio o separación, así: "... Que la cuestión objeto del recurso queda reducida a declarar si la Audiencia de Barcelona al estimar que el marido tuvo ánimo de injuriar gravemente a su mujer, al manifestar a varias personas que ésta le había sido infiel, cometió injusticia notoria, ya que aceptándose todo el resultado de la prueba, se combate únicamente aquella intención, alegando que el propósito del marido, no fué, al proferir tales frases, el de ofender o desacreditar a la mujer, sino el de "reivindicar para sí el cariño de ella, el honor maltrecho y la tranquilidad conyugal", por lo que no caen dentro de la causa séptima del artículo 3º de la ley de Divorcio que la Audiencia acepta de las dos en que la demanda se fundó. Que de las propias manifestaciones y alegaciones del marido en su contestación a la demanda, no cabe otra interpretación y deducción que la que da la Audiencia a las frases vertidas por aquél, porque se da la singular circunstancia de un esposo que en un citado escrito reconoce y confiesa en el hecho cuarto que ella al casarse con él "carecía en absoluto de bienes los que tampoco adquirió con posterioridad", "que él no ha procurado enterarse de la certeza de un premio de la lotería con que ella afirma fue favorecida, a fin de evitarse enojosas y molestas gestiones, ni del origen de otras sumas pródigamente gastadas por ella"; que en el hecho noveno "rechaza toda idea de que su esposa pueda haber faltado gravemente a sus deberes conyugales" llegando a manifestar "que las alusiones que en su demanda hace ella respecto al adulterio por ella misma realizado, no pasan de ser ingeniosos trucos de la propia señora en unos momentos de frecuente ligereza y lamentables alucinaciones que de un tiempo a esta parte vienen acometiendo" y como a pesar de esta expresa y absoluta confianza en la honradez y fidelidad de su mujer no le permite ni averiguar por curiosidad la procedencia de importantes gastos o ingresos de ella, la que además viaja desde 1929 por el extranjero frecuentemente y sin su marido, no tiene él reparo alguno en difamarla públicamente, imputándole la más grave acción en una mujer casada, el atentado más irreparable al honor, ello no puede tener otro propósito -ya que el señor M. asegura en su contestación, gozar de la plenitud de sus facultades- que el de deshonrarla caprichosamente, porque, aquellas acusaciones de infidelidad no pueden responder a una protesta de inmoral conducta de la mujer, ni a desahogo racional y humano de dolor sentido, ni a explosión incontinente de indignación por actos vituperables de ella, porque el marido no sólo no la acusa de afrenta alguna sino que llega a no concebirla y al apreciar la Audiencia el ánimo de injuriar en el marido no hizo más que aplicar la sana lógica al resultado de los hechos y pruebas practicadas, sin cometer la injusticia notoria que en el recurso se alega": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1523; "... Que si bien es verdad



que esta Sala tiene declarado con la reiteración que para que sea aplicable séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio es necesario que las expresiones proferidas revisten carácter de gravedad y acompañe a las mismas el "animus injuriandi", o sea la dolosa o culpable voluntad de desacreditar o menospreciar al otro cónyuge, no es menos cierto que es también jurisprudencia constante que la injusticia notoria no puede basarse en la apreciación de la prueba con distinto criterio al del juzgador; y como el recurrente, en el segundo de los extremos o motivos de su escrito, se limita a afirmar que no está plenamente probada en autos la existencia de la intención deliberada de menospreciar, sin cuidarse de poner de relieve aquellas circunstancias de orden ocasional -tampoco acusadas por el examen de las pruebas- que pudieran quitar su alcance injurioso a las palabras gramaticalmente muy ofensivas, que, según resulta acreditado, dirigía con frecuencia el recurrente a su esposa, es obvio que tampoco existe, en este punto, fundamento para la revisión del fallo impugnado": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2487-.

(469) Cfr. en NOTA 451 de la tesis el voto particular del Sr. Alberto de Quintana proponiendo se añadiera al texto de la causa séptima del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio la frase: "Cuando revistan caracteres de gravedad".

(470) "... Que las injurias constitutivas de la causa de divorcio 7º del artículo antes citado, han de revestir la gravedad que el mismo precepto exige, y si bien las palabras "castrón" y "cabrón" son tenidas como injuriosas en el concepto público, necesario es tener en cuenta las circunstancias de las personas de ofensor y ofendido, la ocasión y el lugar en que se han proferido para graduar su importancia, ya que en unos y otros casos pueden envolver verdadera gravedad de la que carece cuando se producen entre personas faltas de cultura y más aún si son pronunciadas como repulsa o retorsión de agravios u otras ofensas de palabra o de obra": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1262-; "... Que la Audiencia de Santander reconociendo que la esposa demandante profirió contra su cónyuge las palabras "toro" y "cabrón" que son tenidas como injuriosas en el concepto público, entendió que no podía estimarlas como constitutivas de las injurias graves a que alude el número séptimo del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, atendidos la ocasión y lugar en que se dijeron, las circunstancias de las personas de ofensor y de ofendido la cultura de quien las produjo y el motivo de realizarlo como repulsa o retorsión del agravio que la adúltera conducta llevada por el esposo venía infligiendo a su cónyuge": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1033-.

Esta doctrina aparece en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1127-, en la cual se desestima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandado contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que le condenó por la causa de sevicia moral contra su esposa y que fundaba en la tesis de que no podían tenerse como constitutivas de injurias graves las palabras proferidas contra su mujer, tales como "estúpida", "imbecil", "idiota", "me das asco" y otras similares:

"... Que a través de las profusas alegaciones del presente recurso, destacan, como puntos centrales, los tres argumentos o proposiciones siguientes:

Primero: Que las injurias que se estiman proferidas por el demandado y recurrente, y que se sancionan en la sentencia recurrida con la disolución del vínculo, se declaran consecuencia de la denegación, por la esposa, de las peticiones y pretensiones de dinero y de poderes, por parte del marido; y como las pruebas lógicamente enjuiciadas y ponderadas, conducen a la conclusión de que no hubo tales exigencias de dinero ni de poderes, es obvio que al desaparecer la causa, cae por tierra el efecto.

Segundo: Que no está acreditada la existencia de los dictorios que se atribuyen al demandado, ya que la inmensa mayoría de los que las dan por proferidos son falsarios probados en cuanto los enlazan con aquellas exigencias de demostrada inexistencia.

Tercero: Que aun en el supuesto de que se hubieran pronunciado las palabras, repetidamente estampadas en la demanda y en la sentencia "estúpida", "imbecil", "idiota", "me das asco", habría que entender que no son constitutivas de injurias graves.

Que la primera de las anteriores tesis, aparte de la irregularidad que supone atacar por vía indirecta y de presunciones la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentencian-

dora, pretendiendo deducir la inexistencia de las injurias, de la falta de realidad de las peticiones de dinero y poderes, tropieza con el escollo de no estar probada la premisa que se presente como hecho básico y conocido, pues, en efecto, el recurrente, para dar por sentado ese hecho, contra la apreciación del Tribunal de instancia, tiene que acudir a nuevas y complicadas deducciones, suponiendo: a) que al no resultar de la prueba ni de las declaraciones de la Sala que el marido tuviera inclinación al juego ni costumbres reprobables, no se puede admitir lógicamente que estuviera interesado en captar los fondos de su esposa, y b) Que es evidente la falta de veracidad de los testigos de La Habana, al afirmar que las disputas y subsiguientes malos tratos de obra del marido y la esposa, eran consecuencia de la resistencia de ésta a entregarle dinero y poderes para administrar los bienes de dicho capital, ya que dichos testigos constituyen una "troupe" o cuadrilla familiar bajo la jefatura del administrador de la demandante, cual lo delatan sus apellidos y domicilio; y como tales razonamientos son baldíos para la finalidad que el recurrente persigue, pues por lo que al primero se refiere, nada importante la conducta social del demandado, no aplicando el Tribunal la causa de divorcio del número octavo del artículo 3º de la ley, y, por lo que al segundo afecta, no cabría dentro de un recurso tan extraordinario, como el de revisión, fundar en simples conjeturas la apreciación relativa a la parcialidad y falsedad del dicho de los testigos, contra el criterio de la Sala sentenciadora, se ha de concluir la necesidad de desestimar semejantes motivos de impugnación del fallo recurrido, máxime si se tiene en cuenta, que el propio recurrente afirma que fue cierta la discusión que entre los cónyuges se produjo en Cuba a propósito del otorgamiento de poderes, si bien ni porque el recurrente los solicitara para sí, sino porque se oponía a que fuesen conferidos a quien su esposa deseaba, y aconsejaba su concesión a ciertas personas o entidades que le inspiraban más confianza, con lo cual viene a reconocer implícitamente que existieron las divergencias y disgustos que la Sala conceptúa como antecedentes de los actos de sevicia moral que da por probados, importando poco, en definitiva, que tales excesos, nunca justificados, tuvieran su origen en la exigencia codiciosa del marido de atraer a sí los poderes de administración de los cuantiosos bienes de su esposa o en la mera pretensión de conseguirlos para los candidatos que, de buena fe, pudieran creer reunían más condiciones o garantías.

Que la proposición del recurrente, que hemos señalado como segunda, no tiene tampoco eficiencia alguna, al estar fundada en una petición de principio, puesto que, en efecto, ese hecho de la inexistencia de las peticiones y exigencias del marido, que anteriormente pretendía inferir el recurrente de la supuesta parcialidad de los testigos, se quiere erigir ahora en argumento demostrativo de la falsedad del dicho de éstos, incurriendo con ello el recurso en un verdadero círculo vicioso.

Que, por último, hay que desestimar igualmente la alegación relativa a no tener la condición de graves las injurias tomadas en cuenta por la sentencia recurrida, pues se ha de tener muy presente que la gravedad de las injurias no depende sólo del valor objetivo, gramatical o usual, de las palabras vertidas, sino de las circunstancias de índole subjetiva y moral que en cada caso concurren, como así lo tiene reconocido la legislación y la jurisprudencia de otros países, europeos y americanos, unánime en proclamar que las injurias han de ser apreciadas por los Tribunales como problema de hecho, es decir, en relación con la posición social y demás circunstancias personales de los cónyuges; y como en el caso actual el Tribunal "a quo" fundó su condena en la reiteración y frecuencia con que las injurias habían sido proferidas y en el alcance ofensivo que había de atribuirles, en relación con la sensibilidad y clase social de las personas y aun con determinadas circunstancias familiares, tales como la situación difícil que con ellas se creaba para la injuriada y para sus hijos, procedentes éstos de un matrimonio anterior, es indudable que, al dar esa orientación a su fallo lejos de incidir en error alguno, se ajustó a la más recta y legítima interpretación de la causa de divorcio comprendida en el último inciso del número séptimo, artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932".

En este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1364-: El marido demandado interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que decreta el divorcio

de los cónyuges por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por la esposa como fundamento de su demanda, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo que entiende, conforme a la doctrina reseñada, que las injurias que se aducen como causa de divorcio por la esposa carecen de los requisitos exigidos para su debida estimación:

"... Que al apreciar la Sala sentenciadora la concurrencia de la causa 7ª de la ley de 2 de marzo de 1932, se funda en considerar demostrado por la prueba practicada que en distintas veces el demandado, hoy recurrente, pidió dinero a su mujer la señora demandante, y como no se lo diera profirió contra ella frases verdaderamente injuriosas y graves, le dió empujones y en una ocasión le dijo que iba a cortarle la cara; pero toda la prueba aportada por la parte actora no ofrece otra justificación de las injurias sino lo averado por los testigos R.E., que al ser repreguntada concretó su razón de ciencia a haber oído que el marido ultrajaba a su esposa, y que ello ocurrió bastantes veces; M.G., que también rectificó la pregunta 6ª relativa a las injurias en el sentido de no haber oído ni visto nada, pues lo afirmado se lo había dicho la actora y M.R., que dijo haber presenciado en una ocasión que el marido injuriaba a su mujer profiriendo frases gruesas y llegando a amenazarla si no accedía a sus peticiones, que aclaró eran de dinero.

Que esta Sala tiene con reiteración declarado que las injurias que como causa de divorcio menciona el artículo 3º de la Ley, han de hallarse plenamente probadas y ser de evidente gravedad, requiriéndose, por tanto, que de modo preciso y concreto se determine no sólo el sentido literal de las frases en que consistan, sino el lugar, ocasión y circunstancias en que fueron proferidas, para apreciar con pleno conocimiento el alcance de los conceptos injuriosos si responden a un propósito doloso de agravio, de ofensa y menosprecio para el cónyuge injuriado, o si sólo a circunstancias de momento o a un estado de ofuscación incompatible con el animus injuriandi determinante de la gravedad de las injurias.

Que en el caso del pleito de injurias que se aduce como causa de divorcio carecen de los requisitos que como esenciales quedan expresados, cual lo patentiza la deficiente prueba ofrecida por la parte actora, y al no entenderlo así la Sala de instancia que estimó la concurrencia de dicha causa y decretó el divorcio de los cónyuges contendientes ha incidido en la injusticia notoria conforme al número 3º del artículo 57 de la Ley, lo que impone acoger el recurso y revisar la sentencia declarando no haber lugar al divorcio solicitado por la actora".

(471) Cfr. criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.

(472) "... Como tampoco puede apreciarse la concurrencia de la causa séptima, porque no se precisa en qué consistieron los malos tratamientos de obra que dice le infería su esposo, ni las frases alegadas como injuriosas tienen alcance suficiente para constituir la, dadas las circunstancias de acaloramiento en que al parecer se pronunciaban": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 771-; "... Que respecto al segundo motivo, la Audiencia no incurrió en aquella injusticia al no dar a las frases que la demandante atribuye a su marido el concepto de injurias graves a que se refiere la causa séptima del artículo 3º alegada por aquélla en su demanda ya que tales expresiones eran resultado del estado constante de discusiones y disputas conyugales, reconocido por ambos cónyuges y tan insufrible que éstos no pudieron hacer vida común más que cinco meses escasos": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 208-.

(473) "... Que se sostiene con acierto indudable en el segundo Considerando de la sentencia recurrida, que no basta para pedir con éxito el divorcio o la separación de personas y bienes las frases mortificantes o los insultos proferidos por uno de los cónyuges contra el otro en el calor de una discusión de las que suelen suscitarse en el matrimonio, a veces por fútiles pretextos, sino que es preciso que esas ofensas sean de tal naturaleza, que constituyan injurias graves, atendiendo no sólo al sentido literal de las mismas, sino al lugar, ocasión y momento en que se pronunciaron, y, sobre todo, al estado, dignidad y circunstancia del ofendido; y aceptando, desde luego, el criterio que en el Considerando expresado se mantiene se impone

reconocer que no son consecuentes con el mismo las apreciaciones que el Tribunal sentenciador hace al deducir la procedencia del divorcio solicitado por el marido en virtud de las injurias y malos tratos que se imputan a la esposa, para juzgar de los cuales no basta respecto a las primeras apreciarlas por el significado literal de sus palabras, sino que hay que atender también de modo muy especial al lugar, ocasión, momento y demás circunstancias en que fueron proferidas; y si se tienen en cuenta todos estos elementos de juicio, juntamente con la calidad y posición social de las personas de que se trata, lejos de poderse apreciar un "animus injuriandi" de la esposa para desacreditar o menospreciar la dignidad de su marido, lo que se observa es una protesta sentida, y hay que reconocer que justificada contra una conducta reprobable del esposo, que estima imposición inadmisible de su mujer que ésta le pida que cese en sus relaciones ilícitas con la que, según se desprende de la prueba practicada, parece ser su concubina; y que además trata a aquella en forma despectiva y violenta, que ha de producir en su ánimo el estado pasional suficiente a ocasionar esas excitaciones o crisis originarias de las frases injuriosas, cuyo rango se pretende elevar a merecer la consideración de causa de divorcio, y que, aplicado al criterio antes sustentado que en régimen de igualdad y de justicia debe ser el mismo para uno y otro cónyuge, hay que estimar que aún con toda la crudeza y grosería que el proferir esas frases de criminal, canalla, ladrón y granuja en el calor de una discusión violenta significa, se revele mucho más intensamente el propósito de desacreditar y ofender los sentimientos de dignidad y de honor de la esposa, lanzando fría y premeditadamente sobre ella, como se hace en el escrito de reconvencción, sin ninguna finalidad práctica, a fines de defensa, el estigma de que antes de hacerla el demandado su esposa fue su concubina; y más grave aún es que, lanzada la imputación que la parte contraria rechazó como absolutamente falsa, no se haya tratado de justificar su certeza mediante alguna prueba en el trámite oportuno: Que de todo lo expuesto se desprende que procede estimar la causa de revisión por injusticia notoria que ha sido alegada por la recurrente...": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 354-; "... Que las injurias graves generadoras de la causa de divorcio a que se refiere el número séptimo del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, requiere como condición precisa para ser debidamente apreciada la existencia de un "animus injuriandi", ya que para producir las consecuencias de una ruptura del vínculo matrimonial, no es admisible como suficiente, el solo hecho de proferir unas frases que si, con arreglo al léxico, son injuriosas, no se pueden estimar como tales si se pronunciaron bajo los efectos de un estado pasional más o menos justificado, pero, desde luego, sin la reflexión ni claridad de juicio bastante para medir su alcance e importancia: Que para aplicar la doctrina que antecede al caso de que se trata, conviene dejar sentado, que según aparece probado y recoge el Tribunal "a quo" en la sentencia recurrida, desde que los contendientes contrajeron matrimonio en 20 de mayo de 1922 hasta el 9 de septiembre de 1931, en que se separaron no aparece indicación alguna de que el marido recurrente maltratará de obra ni de palabra a su mujer, y en ese día por un hecho que indujo a aquél a creer, siquiera fuera injustificadamente, en la infidelidad de su esposa, exteriorizó su firme y honrada creencia atribuyéndola la comisión de adulterio, y en el estado de excitación e irritabilidad propia de esos momentos la maltrató de palabra con el calificativo de puta como protesta contra lo que él estimaba una grave falta de fidelidad conyugal, esa frase proferida en tales circunstancias no debe apreciarse como bastante para la estimación de la causa de divorcio séptima de las que enumera el artículo 3º de la expresada ley, bajo el aspecto injurioso que queda examinado": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 761-; "... Que, según tiene declarado este Tribunal Supremo, las injurias que como causa de divorcio se indican en la séptima de las señaladas en el artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, no son todas las que genéricamente se hallan comprendidas en esta denominación, sino tan sólo aquellas que merezcan la calificación de graves atendidas las circunstancias de lugar, ocasión, personas y otras que deban tenerse en cuenta para darles el verdadero valor que legalmente haya de atribuírseles, por lo cual no puede reconocerse tal gravedad a las que se profieren bajo la influencia de un estado pasional y de exaltación de ánimo originadas por la exacerbación de unos celos más o menos fundados: Que estimada por el Tribunal sentenciador al apreciar la copiosa prueba practicada la realidad de ese estado de ánimo en la esposa que se cree ofendida en su legítimo derecho a la fidelidad de su marido es forzoso tener presente

tal esencial circunstancia, para hacer la justa valoración de unas expresiones y actos injuriosos que en otras condiciones habrían de ser calificadas como graves, dada su significación gramatical y el concepto en que públicamente son tenidas, por cuya razón obró con acierto el Tribunal "a quo" al no reconocerles la gravedad determinante de la expresada causa de divorcio, séptima del artículo 3º de la ley del concepto, aun en el supuesto de su realidad, no en absoluto reconocida por la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1129-; "... Que el Juzgado de instancia no incidió en la palmaria y evidente equivocación "de jure" necesaria para que prospere el recurso deducido, al calificar las palabras y conceptos que oralmente y por escrito profirió la demandada contra su esposo, por entender se hallan desprovistas del elemento esencial, "animus injuriandi", característico de la injuria grave determinante de la causa de divorcio invocada por el actor, ya que, teniendo en cuenta el momento y circunstancias en que fueron escritas las cartas en que se vierten aquellas expresiones, alejan la idea de que su autora se inspira en el deseo y propósito de desacreditar y menospreciar a su marido, revelando, por el contrario, que fueron escritas en instantes de ofuscación nacidas de un estado pasional engendrado por celos, más o menos justificados, exacerbados por la ausencia del esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1352-; "... Que don E.P. funda el recurso de revisión que interpuso, en injusticia de la sentencia de la Audiencia de Madrid que desestimó la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, por él alegada en el pleito que sostuvo con su esposa doña S.S., por entender que tuvieron una completa y definitiva justificación en los autos las injurias graves proferidas por carta y verbalmente contra el recurrente por su cónyuge, según reconoce, aunque desvirtúa el fallo recurrido: Que revisada la prueba practicada en la litis, adviértese pronto la recta, lógica y racional apreciación que de ella hizo el Tribunal "a quo" excluyente por tanto de la supuesta tacha de notoria injusticia que el señor P. atribuye al fallo por él combatido y a la improcedencia de estimar su recurso, puesto que si bien la separación del matrimonio por destino a Asturias del marido como sargento del Cuerpo de Seguridad motivó la serie de cartas del año 1933 que desde Madrid le dirigió su esposa de las cuales acompañó once a su demanda el actor y en ellas, escritas con tanta falta gramatical como sobre de crudeza en el lenguaje, se vierten frases y palabras soeces y denigrantes relativas a una tercera persona del sexo femenino, no es menos cierto que, en cuanto al demandante, campea en ellas el vehemente deseo de la esposa de ir con la única hija del matrimonio y reunirse con su marido para que atienda principalmente a la educación de aquella, hasta el punto de que no obstante aludir siempre aireadamente doña S.S. en dichas cartas a la irregular conducta que imputa a su esposo, en la obrante al folio trece de los autos, correspondiente por lo visto al día 13 de febrero de 1933, el segundo mes de la separación, que empieza con la frase "Querido Epifanio", como otras, con el deseo de que siga bien, dícele a su marido "yo no puedo "bivir" sin ti yo quiero ir a donde tú estés y tu hija...", y sólo en la del folio dieciséis, recibida el 6 de julio le escribe "bas" a ser la desgracia de tu hija canalla, "sinberquenza", en la del folio diecisiete recibida al siguiente día 7 le manifiesta que, a todos cuenta que las tiene sin comer "para que "bean" lo golfo que eres y la mala "sangre" que tienes"; en la del folio dieciocho, correspondiente al mes de agosto, le recrimina porque la hija de ambos "baya" como "ba" siempre por tener un padre tan canalla y tan golfo por dárselo a una p..."; mas como tales palabras perdieron la virulencia injuriosa de su escueta significación gramatical desde el instante en que la Audiencia de Madrid apreciando las pruebas practicadas en el pleito conforme a principios de sana crítica declaró que, fueron escritas por la demandada en momentos de irritación bajo el estado pasional justificado por la creencia de que su marido faltaba a los deberes de fidelidad que le debía en su ausencia por aquella época del domicilio conyugal por razón de su cargo, y en efecto, la revisión del contenido de todas las mencionadas cartas y demás elementos probatorios aportados al pleito justifica la exactitud y certeza del enjuiciamiento por el Tribunal "a quo" del caso debatido ya que la obsesiva idea en la demandada de la infidelidad del esposo ausente cuando a él se dirige explícate en los autos porque dentro de ellos existen más que atisbos de cuál fuera su conducta en situación análoga de anterior separación del matrimonio durante 5 ó 6 años, aunque al cabo de ellos quedase cancelada por la nueva unión de los esposos; es indudable por todo lo expuesto que procede desestimar el recurso de revisión

promovido por don F.P. al que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62 de la ley de 2 de marzo de 1932 se le imponen las costas del pleito": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1978-; "... Que esta Sala viene exigiendo repetidamente, para apreciar la injusticia notoria como motivo de revisión, un palmario y evidente error del Tribunal de instancia al valorar la prueba, no dando a los hechos su propia y natural significación, o aplicando indebidamente el derecho y como en el caso de autos, no existen errores de una u otra clase, el recurso interpuesto, que va de modo exclusivo contra el juicio imparcial del Tribunal "a quo" en el análisis de las probanzas, pretendiendo que prevalezca, al efecto el criterio de quien lo formula, debe ser desestimado, no solo porque no resulta suficientemente de aquéllas, que doña J.B. dirigiese en las ocasiones a que se alude frases injuriosas contra su marido, sino porque aunque ello fuese cierto, siempre habrían de tenerse en cuenta las circunstancias en que se pronunciaron, para hacerse cargo de que tales frases, no respondían a un deseo decidido de deshonrar o desacreditar, sino a un estado pasional de la mujer que se advierte menospreciada por su esposo y sustituida en su hogar, con completo apartamiento de la prole legítima por falta del mismo y por tanto las expresiones que ella pudiera haber dirigido en su caso al marido como protesta sentida contra la actitud de rebeldía de éste, al ser requerido para que cumpliera sus deberes matrimoniales, no se encuentran alentadas ni sostenidas por el "animus injuriandi" factor de presencia indispensable para ser estimadas como el recurrente pretende": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2183-; "... Que también en el recurso se conceptúan demostradas en los autos injurias graves a la recurrente, las que se hacen derivar de una carta acompañada a la demanda que fué dirigida a aquélla por su esposo, carta carente de toda exteriorización y publicidad y escrita en la situación de ánimo en que su autor denotaba encontrarse, por el desvío que advirtió en su esposa que se había alejado de él, yéndose a vivir con su padres a quienes aquél trata en tal escrito desconsiderada y agresivamente, pero de ello no se sigue que pueda atribuirsele el carácter de injuriosa para la recurrente, a dicha carta, ni que quepa encuadrarla dentro del molde doloso y específico que es esencial en las injurias graves, ni menos tampoco pueda merecer tal calificación, ni determinar valor alguno para apreciar en este pleito la causa séptima invocada, la incorrecta redacción de los hechos cuarto y sexto de la demanda producida por el esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 539- Cfr. Asimismo la NOTA 471 de la tesis.

(474) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1978-: La esposa demandante interpone recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia que decreta el divorcio de los cónyuges por la causa de injurias graves proferidas por la esposa a su marido, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo que la absuelve de la reconvencción formulada por el marido por aplicación de la doctrina reseñada:

"... Que para estimar o desestimar con acierto las injurias graves como causa de divorcio, tiene declarado reiteradamente este Supremo Tribunal que hay que atender más que al carácter injurioso de las frases proferidas, a las circunstancias en que lo fueran, a la clase y condición social de las personas de que se trate y sobre todo a si hubo o no "animus injuriandi"; ya que si falta éste, o si se pronunciaron al calor de una discusión o reyerta conyugal, como protesta sentida por un cónyuge contra actos reprobables del otro, no pueden ser estimadas debidamente esta causa, por carecer de un elemento fundamental para su existencia.

Que al aplicar esta doctrina al caso concreto del presente recurso, se observa que si bien las frases de "cabrón" e "hijo de mala madre", que la sentencia reconoce que fueron proferidas por la recurrente contra su marido, merecen el concepto de injurias graves en su sentido gramatical y también en su aspecto jurídico, cuando se dirigen a una persona para denostarla con propósitos de atribuirle la ofensa que ellas significan, no sucede lo propio cuando como en el presente caso son hijas de un estado de excitación y desequilibrio producido por la conducta de un marido que maltrata de obra a su mujer hasta el extremo de producirla lesiones que originan que sea condenado aquél en juicio de faltas; y si además resulta que tiene el vicio de la embriaguez y que no guarda a su esposa aquellas consideraciones que son obligadas en una normal relación conyugal

todo ello sirve de excusa en sentido legal a fines de la estimación o desestimación de las injurias como causa de divorcio a aquellas demasías de lenguaje que aun siendo vituperables por las circunstancias de las personas, ocasión y demás elementos de juicio de que queda hecho mérito reconocidas en la propia sentencia al considerar culpable al marido de la causa de malos tratos de obra a su mujer obligan a deducir como consecuencia el error jurídico cometido al apreciar en contra de la recurrente la existencia de la causa ya dicha por virtud de haber proferido contra su marido las frases insultantes de que queda hecha antes mención.

Que otro elemento de apreciación que ha servido al Tribunal "a quo" para la estimación de la causa de injurias graves contra la recurrente es el hecho que juzga como un ultraje contra la dignidad del marido de que su mujer se negara por la noche a franquearle la puerta del domicilio conyugal cuando regresaba tarde; más si esto, que dicho así en términos generales puede merecer acertadamente el concepto que apreció la Sala sentenciadora, se examina por lo que arroja el resultado de la prueba practicada en el pleito, se observa que dos testigos que afirman el hecho, uno de los cuales dice que acompañó al marido para llamar a su casa y conseguir, como en efecto consiguió al ser oídos por la esposa, que les abriera la puerta, dicen que saben que esto aconteció una sola vez, y pudiendo muy bien ambos referirse a la misma ocasión y fecha en que ello sucedió, que la recurrente al absolver posiciones afirma, que el no haber abierto la primera vez que su marido llamó a la puerta de su casa fue porque no lo oyó a consecuencia de estar dormida, pero tan pronto como después repitió la llamada y ella se apercibió le franqueó inmediatamente la entrada, hay que reconocer que este modo de obrar justificado en la forma que queda expuesta, no puede en modo alguno estimarse como ultraje contra la dignidad del marido que haya de encuadrarse en el marco de una injuria grave para deducir de ello la estimación de una causa de divorcio con culpabilidad por parte de la mujer; y aun añadiendo la hipótesis de que el no abrir la puerta a su marido no fuera por hallarse dormida como la recurrente asegura, antes de establecer el supuesto de que ese modo de proceder llevaba implícito el propósito de ultrajar y menospreciar la dignidad del marido, es más lógico y más humano pensar había consideración al comportamiento de éste y a la forma de tratar a su esposa, que más que un acto ofensivo, constituía un medio defensivo contra posibles o probables agresiones de aquél, hallándose en estado de embriaguez como solía encontrarse con frecuencia; y estas consideraciones en relación con el hecho aislado de que se trata, excluye la posibilidad de que se admita como bastante para cimentar sobre el mismo una causa de divorcio.

Que de todo lo expuesto se deduce la existencia del motivo alegado por la parte recurrente, como fundamento y base del recurso y por lo tanto la procedencia de su estimación, debiendo ser absuelta la demandante de la reconvencción formulada por su esposo".

Cfr. asimismo la NOTA 471 de la tesis, y las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1934, 8 de Abril de 1933 y 17 de Marzo de 1933 en la NOTA 459 de la tesis.

7.8.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite: De ahí que no pudiera apreciarse esta causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio si no se hubiere alegado en la demanda o reconvencción ninguno de los motivos de divorcio o separación comprendidos en la misma (475).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (476), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su



escrito de demanda o reconvencción como causa de divorcio o separación por ella interesado la séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, especificando y detallando en los hechos de su demanda o reconvencción aquellos hechos que pudieran ser determinantes respecto del cónyuge contra el que la misma se alega de los supuestos previstos en ella, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular ninguna prueba dirigida a demostrar los supuestos previstos en la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuya concreción no se hubiera sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvencción (477):

Según declaración constante de la doctrina jurisprudencial, siendo conceptos jurídicos las expresiones "malos tratamientos de obra" e "injurias graves", no basta para su legal existencia su simple imputación en los escritos de demanda o reconvencción, sino que es preciso que se concreten aquellos hechos, palabras o actos imputables al otro cónyuge que pudieran calificarse como integrantes de los malos tratos o de las injurias graves constitutivos de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, así como el lugar, ocasión y demás particularidades de hecho esenciales para su calificación legal, por ser ello absolutamente necesario para apreciar su trascendencia, gravedad y demás circunstancias en que se produjeron, no pudiéndose se dar lugar a la misma cuando faltan tan esencialmente requisitos, máxime si tampoco de la prueba practicada resultan acreditados (478), y, en consecuencia, no pueden estimarse los malos tratamientos de obra si no se precisan los hechos que los constituyen así como las circunstancias en que se produjeron que han de servir de base a su calificación ni resultan acreditados de la prueba practicada (479), ni pueden estimarse las injurias graves si no se concretan las expresiones o actos injuriosos en que aquéllas consistan así como las circunstancias en que se proferieron o ejecutaron que han de servir de base a su calificación ni resultan acreditados de la prueba practicada (480): Más, según esa misma doctrina vino reconociendo, basta, para

tener por cumplido este requisito, con que, estando formuladas las afirmaciones precisas para que se pueda reputar planteada la litis, sean éstas debidamente justificadas en el trámite probatorio del juicio (481), por cuanto que aquellas puntualizaciones han de ser exigidas dentro de los límites racionales y en tanto en cuanto sean necesarias para acreditar que los hechos imputados al cónyuge impliquen, no mementáneos arrebatos, sino manifestaciones del menosprecio de que un cónyuge haga objeto al otro (482).

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconven-  
ción determinantes de los supuestos previstos en la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconven-  
ción determinantes de los supuestos previstos en la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Conforme a la interpretación dada del primer motivo de divorcio o separación comprendido en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, o sea, "el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos", sería necesario para su estimación acompañar copia fehaciente de sentencia firme dictada en causa criminal en que apareciera uno de los cónyuges por la comisión de un delito en cualquiera de sus grados y en concepto de autor o complice de atentado contra la persona del otro cónyuge, de los hijos comunes o lo de uno de aquéllos, habiendo de seguirse, en este caso, el procedimiento especial dispuesto en el artículo 59 de la citada Ley (483), pues, en otro caso, tendría plena aplicación el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (484):

En los supuestos de "malos tratamientos de obra" e "injurias graves", sería necesario para su estimación que resultara acreditado con la evidencia necesaria la realidad de los malos tratamientos de palabra y obra en grado suficiente a integrar una sevicia corporal u ofensa al honor del cónyuge maltratado o injuriado (475), procediendo su desestimación cuando de la prueba practicada no aparezcan plenamente acreditados hechos que por su notoria gravedad sean constitutivos de la sevicia corporal y moral en grado suficiente a integrar los malos tratamientos de obra o las injurias graves comprendidas como motivos de divorcio o separación en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (486).

---

(475) "... Que la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que para que la injusticia notoria, como causa de revisión en los pleitos de divorcio pueda prosperar es inexcusable que el recurrente evidencie la disconformidad palmaria del fallo recurrido con las resultancias de hecho acreditadas por las palabras, o con la apreciación jurídica que de aquéllas derive el juzgador; pero adviértese desde luego al revisarse la prueba practicada en los autos, la racional apreciación que de ella hizo la Audiencia de Granada para no dar por acreditados por la parte actora la existencia de ninguno de los dos motivos para el divorcio comprendidos en la causa octava del artículo 3º de la Ley, cual dice la sentencia recurrida, porque, sobre no haber concretado aquélla los malos tratos de que fue objeto, conforme aduce, que constituirían además, otra causa distinta de la alegada...": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 295-; "... Que no existe injusticia al no apreciarse en la sentencia recurrida la causa séptima del tan repetido artículo 3º, como se invoca por la recurrente en último lugar, por la potísima razón de no haberse alegado en la demanda y no ser lícito en este trámite alterar los términos en que quedó trabada la litis": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1440-.

(476) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(477) "... Pero aunque imputa dicha señora al demandado maltrato de obra y de palabra, injurias golpes, vejaciones y un atentado grave contra su vida, es lo cierto que como no se especifican ni detallan unos y otros por la parte actora y la prueba relativa a la causa séptima de la ley de 2 de marzo de 1932, sólo pudo verse en la litis acerca de los indeterminados hechos aludidos, la Sala sentenciadora declaró acertadamente que no los estimaba probados, y puest que en este recurso no es posible que la revisión de las pruebas practicadas, referentes a la indicada causa de divorcio, logre conducir a la apreciación de hallarse justificados en los autos unos hechos que por no haberse concretado en la demanda se desconoce en que consistieron, es improcedente el recurso de revisión por injusticia notoria planteado por doña Rosario de M. en cuanto conviene a la causa séptima del artículo 3º de la ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1689-; "... Que procede desestimar la injusticia notoria alegada en el recurso, porque ni en la apreciación de la prueba, ni en la aplicación de la Ley de Divorcio al hecho discutido, cometió la Audiencia palmario error de hecho, ni flagrante infracción legal, al denegar el divorcio solicitado en la demanda, ya que alegada como único fundamento de ésta la causa séptima del artículo 3º, o concretándola a los malos tratos de palabra y de obra atentatorios a la vida de la demandante, ni se precisa en el demanda, ni aun en el interrogatorio a los testigos, la calidad, importancia u ocasión de aquellos malos tratos, ni por ello puede haber en la prueba testifical

suficiente demostración de los mismos, y según la certificación de la sentencia de juicio de faltas, aportada por la demandante como única prueba documental de la realidad de aquéllos, el marido fue absuelto": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1439-.

(478) "... Que según tiene declarado este Tribunal en repetidas resoluciones, la injusticia notoria de la sentencia recurrida, conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, ha de manifestarse de un modo palmario para que sea procedente la revisión del fallo impugnado; y, en el caso de autos, es lo cierto, que la revisión de las pruebas practicadas acredita sin duda alguna que el Tribunal "a quo" las apreció con arreglo a un racional criterio al no estimar acreditados los hechos determinantes de las causas séptima... del artículo 3º de la Ley, puesto que las que se realizaron respecto de las indeterminadas manifestaciones aducidas en la demanda, en cuanto a malos tratos de palabra y de obra, insultos e improperios, no pudieron naturalmente, concretarse por testigos, cuyas deposiciones adolecían de igual generalidad...": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 246-; "... Que la injusticia notoria en que el recurrente funda su recurso consiste en que, a su juicio, la Audiencia ha apreciado con manifiesto error la prueba testifical a su instancia practicada en lo concerniente a la existencia de la causa séptima del artículo 3º de la Ley, alegada en la demanda y desestimada en la sentencia, y tal injusticia no existe, con solo considerar que la prueba testifical de la demanda sobre aquella causa, se reduce a la declaración de tres testigos; que en cuanto a los malos tratos de obra del marido a la mujer ni se precisan en la demanda, ni en el interrogatorio a los testigos, a pesar de calificarse de gravedad y reiterados, ignorando su realidad uno de los tres declarantes y que en cuanto a las injurias graves tampoco se ha concretado el lugar, ocasión y momento en que se pronunciaron para poder apreciar su trascendencia y gravedad, máxime si se tiene en cuenta el medio y condición social en que los cónyuges vivían": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 927-; "... Es lo cierto que, por lo que hace al recurso de la actora en cuanto a los malos tratamientos de palabra y obra ni ella los concretó en la demanda ni aparecen debidamente precisados por los testigos, lo cual hace por lo menos surgir la duda sobre la realidad y especialmente sobre su calidad para constituir la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1514-; "... Que el recurso interpuesto por doña C.S. conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932 intenta fundarlo en que de las adveraciones de los testigos por ella presentados en el pleito aparece claramente la existencia indubitada de las amenazas y los malos tratos e injurias graves imputados por la recurrente a su esposo don R.F. en la demanda, pretendiendo así sustituir en cuanto a tales extremos con su particular criterio el formado por la Sala sentenciadora al apreciar dicha prueba, consistente en las declaraciones de tres testigos y única practicada, puesto que el demandado estuvo constantemente en rebeldía; pero la revisión de la misma demuestra la racional y lógica ponderación que de ella hizo el Tribunal "a quo" para desestimar la demanda en este respecto, por cuanto ni en ella ni en el interrogatorio para los testigos se concretan hechos, palabras o actos del marido que pudieran calificar la Audiencia de Barcelona como integrantes de los conceptos de malos tratos y de injurias graves por que se interroga a los testigos, constitutivos de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 534-; "... Que, sentado lo anterior y fundándose el recurso de revisión interpuesto por la demandante en no haberse apreciado en la sentencia recurrida como causas suficientes para dar lugar al divorcio por ella solicitado las alegadas en la demanda, es visto que no procede la estimación del recurso, por cuanto la Sala sentenciadora no ha desconocido en definitiva los hechos en que las fundaba la actora, sino que, coincidiendo con el informe del Juez instructor no ha estimado que las injurias y malos tratos que se desprende de la prueba practicada sean suficientes para dar lugar al divorcio solicitado por no llenar los requisitos exigidos en la jurisdicción de esta Sala, pues respecto a las primeras no se concretan los conceptos y frases que las constituyeron y no puede por tanto apreciarse su gravedad injuriosa y respecto a los malos tratos no se precisan tampoco su calidad, ocasión, importancia, etc., que ha de servir de base a su calificación, circunstancias todas que impiden estimar injusticia notoria

de la sentencia al no apreciar existencia de las causas séptima...": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 980-; "... Que para la estimación de los malos tratamientos de obra y las injurias graves, causa séptima del artículo 39 de la Ley de Divorcio, se precisa que se concreten las circunstancias en que se produjeron o pronunciaron, y lejos de ello, tanto en la demanda, como en el interrogatorio para los testigos, se dice en términos generales que la esposa fue maltratada e injuriada por su marido, sin que en las declaraciones aportadas se consiga mayor claridad, siendo por tanto evidente que el Tribunal de instancia al desestimar dicha causa no incurrió en la injusticia notoria que se alega ya que esta Sala carece de hechos determinados para apreciar si realmente existieron o no actos de sevicia por parte del esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1379-.

(479) "... Que tampoco incurre el Tribunal "a quo" en injusticia notoria cuando rechaza la causa séptima de divorcio, porque, además de que usó en la apreciación de la prueba de las facultades antes expresadas, debe tenerse presente que, siendo un concepto jurídico la expresión "malos tratamientos", se han de precisar los hechos que los constituyen, lo cual, no se ha verificado en el presente caso, en el que además, existe discrepancia en las actuaciones del mismo actor respecto de la persona paciente, pues mientras en la demanda se alega los "malos tratos de que constantemente eran objeto sus padres e hijos por parte de la esposa", a los testigos se les pregunta "que tanto el esposo como los hijos han sido objeto de malos tratos de palabra por parte de C.S.": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 54-; "... Como tampoco puede apreciarse la concurrencia de la causa séptima, porque no se precisan en qué consistieron los malos tratamientos de obra que dice le infería su esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 771-.

(480) "... Que del mismo modo ha de acreditarse la realidad de las injurias que se supongan inferidas, no bastando para su legal existencia, la simple imputación, sin precisarlas de modo concreto, determinando las frases o acciones en que consistan y la ocasión y circunstancia en que se proferieron o ejecutaron, y en su virtud, no pueden estimarse cuando de tan esenciales requisitos carecen, máxime si tampoco han logrado la necesaria comprobación": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1771-; "... Pero la revisión de la prueba practicada, que habrá de recaer sobre los hechos anotados en la demanda, convence de la exactitud y acierto con que la apreció la Sala sentenciadora, puesto que... ni se precisaron tampoco los conceptos, insultos y frases soeces que pudieran constituir las injurias graves que la causa 7ª señala, ni se acreditaron por la prueba; y si, en su consecuencia, no estimó la Audiencia de Madrid justificada una ni otra causa, su sentencia no adolece de la pretendida injusticia notoria y debe desestimarse... el recurso del señor F.": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1778-; "... Y como ni en la demanda se precisan los conceptos y frases que pudieran constituir las injurias graves a que la causa séptima se refiere, así como las circunstancias en que fueron proferidas y demás particulares de hecho esenciales para aquella calificación que tampoco de la prueba resultan acreditadas..., es consecuencia obligada que la pretendida injusticia notoria no afecta a la sentencia de instancia y procede desestimar el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1454-; "... Es lo cierto que el Tribunal de instancia, al dar por probadas las injurias graves por parte de la esposa al marido, incurrió en injusticia notoria, como se aduce en el segundo motivo del recurso, porque para que se pueda estimar esa causa de divorcio es preciso, cuando no se trata de una conducta vejatoria o de un constante menosprecio, aquilatar las circunstancias en que se pronunciaron las palabras ofensivas y cuáles fueron éstas, para de ello deducir con certeza si la intención del cónyuge fue o no menospreciar gravemente a su consorte, y es evidente que, en el presente caso, no sólo no se precisaron en los hechos de la demanda aquellas circunstancias y aquellas palabras, como era preciso para que la contienda judicial se estableciese con toda claridad, sino que de la prueba practicada no existen elementos suficientes para hacer declaraciones de tanta gravedad, pues sólo hay algunos testimonios imprecisos, sin concretar las circunstancias, y antes, por el contrario, aparece que los disgustos que pudieran existir en el matrimonio no tuvieron trascendencia alguna, como así lo corrobora-

ran las declaraciones de los testigos de la parte demandada y los términos de las cartas dirigidas por el actor a su esposa, en que se emplean palabras de cordialidad y cariño": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1460-; "... Que tiene declarado esta Sala que no puede apreciarse la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuando no se precisan los conceptos y frases en que pudieran consistir las injurias graves, y que el "animus injuriandi", elemento esencial y característico de éstas, ha de ser apreciado en relación con las circunstancias personales y ocasionales en que las palabras o la conducta del cónyuge se exteriorizase; y por ende la Audiencia de Valencia, lejos de incidir en la injusticia notoria de que el presente recurso le atribuye, ha interpretado con acierto el texto legal citado al desestimar la demanda de autos, fundándose en que no se han concretado siquiera las frases o acciones determinantes de las injurias graves alegadas, ni las circunstancias de tiempo, lugar, motivo y ocasión en que se proferirían, para poder apreciar su naturaleza y gravedad": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 490-.

(481) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 447-:

"... Que aunque ésta tiene reiteradamente establecido que para estimar la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio han de ser debidamente determinados y concretados por la parte demandante los hechos en que consistan los malos tratos o las frases o conceptos que puedan constituir las injurias graves, es indudable que, como también viene reconociendo la jurisprudencia, hasta con que, estando formuladas en la demanda las afirmaciones precisas para que se pueda reputar planteada la litis, sean éstas debidamente justificadas en el trámite probatorio del juicio; y es no menos cierto que ninguna justificación puede ser tan concluyente y definitiva como la que se derive de la confesión del demandado y de la prueba documental acreditativa de haber sido sancionados ante la jurisdicción penal los malos tratos de obra o de palabra inferidos por el cónyuge demandado al actor.

Que en el presente caso, invocada por la demandante, entre otras causas de divorcio, la comprendida en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, se practicaron a su instancia las siguientes pruebas: la de confesión de juicio, por la que el demandado reconoce que maltrató a su esposa los días 26 y 28 de Julio de 1933 y la volvió a maltratar al iniciarse el pleito de divorcio, habiendo sido condenado las tres veces a respectivos arrestos que sufrió en la cárcel; la documental consistente en la certificación del Juzgado Municipal, acreditativa de haber sido impuesto al demandado esos arrestos y, por último, la testifical, integrada por la declaración de cuatro testigos, que aseveran la conducta irregular del demandado, que ocasionaba frecuentes altercados con la actora, en los que la maltrataba de palabra y obra; y como del conjunto de tan abundantes y coincidentes elementos probatorios se desprende, sin género de duda, la exactitud de los extremos que la actora fija en su demanda como base de la acción entablada, se ha de concluir que adolece de notoria injusticia el fallo recurrido al rechazar dicha acción, pretextando una falta de concreción de los hechos del pleito, que ciertamente no se observa en los autos; lo que obliga a dar paso a la revisión solicitada y a decretar, en consecuencia, el divorcio, con declaración expresa de culpabilidad del demandado y recurrido".

(482) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1566-:

"... Que aunque esta Sala tenga reiteradamente establecido que, para estimar la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, han de ser debidamente determinados y concretados los hechos en que consistan los malos tratos o las frases o conceptos que puedan constituir las injurias graves, así como la ocasión o circunstancias en que unos y otros fueron producidos o proferidos, es indudable que esta puntualización ha de ser exigida dentro de los límites racionales y en tanto en cuanto sea necesaria para acreditar que los hechos que se hayan denunciado impliquen, no momentáneos arrebatos, sino manifestaciones del menosprecio de que un cónyuge haga objeto al otro".

Una concreción de esta doctrina puede verse en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1512-: "... Y en este

sentido, no puede estimarse notoriamente injusta una sentencia por acoger en sus Considerandos y fallo la causa 7ª del artículo 3º referente a malos tratos e injurias graves del marido a la mujer, aunque ésta en su reconvencción no precisara las frases injuriosas, si se concreta y acredita en la prueba a tal fin propuesta"; 8 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1534-; "... Que la causa de injusticia notoria la apoya el recurrente en tres motivos, que son: ... Segundo: Porque el Tribunal debió prescindir del examen de la causa alegada de injurias graves cuando en la demanda no se fijaron las frases objeto de aquéllas...; y para combatir estos tres motivos bastan las siguientes razones:... respecto al segundo motivo tiene menos de argumento que de sutileza, ya que alegadas las injurias en la demanda y demostrada su realidad en el trámite de práctica de pruebas, obró el Tribunal con notorio acierto al estimar la causa referente a ellas"; 2 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 229-; "... Que el presente recurso se funda sobre los motivos uno, consistente en que por no concretarse en la demanda las frases injuriosas que el demandante sostiene que su esposa le dirigió debió la Sala sentenciadora prescindir del examen de la causa de divorcio planteada bajo este supuesto por no haber sido alegada en forma...: Que trabada la litis por lo que se refiere a la causa que es materia de este recurso, con la afirmación del demandante de que su esposa profirió contra él insultos e injurias gravísimas y la negativa de la demandada en cuanto a la certeza de este aserto, sin que se planteara por esta parte, ninguna otra cuestión ni problema que mereciera ser tenido en cuenta para dictar la resolución adecuada, es visto que quedó pendiente de justificación en el trámite probatorio si en efecto se profirieron o no las injurias graves determinantes de la causa de divorcio que en la demanda se sostiene; y al practicarse las pruebas conducentes a tal fin y estimarlas el Tribunal en la forma que lo hace en la sentencia recurrida, lejos de infringir ningún precepto legal hay que reconocer que se atemperó y cumplió todos los pertinentes al caso en cuestión, lo cual evidencia que es de todo punto improcedente el recurso desde el primer punto de vista en que se halla planteado"; y 17 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 825-; "... Que la sentencia recurrida no contradice la doctrina de las de esta Sala que se citan en los restantes motivos del recurso, porque si bien en el presente caso no se precisó en la demanda la fecha y lugar en que tuvieron realidad los malos tratos e injurias del marido a la mujer, los seis testigos que aparte de los padres de la demandante, declaran a instancia de ésta, contestando precisamente a las preguntas del marido recurrente, afirman que aquellos hechos se han realizado constantemente en el domicilio conyugal durante los cuatro meses que en la misma llevan viviendo como vecinos tres de los testigos, y durante más tiempo según los otros que no lo son, constándoles a aquéllos por oírlos desde sus respectivos pisos, y a éstos por haberlos presenciado".

(483) Cfr. NOTA 314 de la tesis.

(484) Cfr. NOTA 347 de la tesis.

(485) "... Que es doctrina de este Tribunal Supremo, que no puede apreciarse la existencia de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, cuando del examen lógico de las pruebas, no resulte con la evidencia necesaria la realidad de los malos tratamientos de palabra y obra en grado suficiente a integrar una sevicia corporal u ofensa al honor de la supuesta víctima; y como de la prueba de autos no aparecen probados plenamente hechos que por su notoria gravedad sean constitutivos de la sevicia corporal y moral alegada por la demanda en su reconvencción y estimada sin serio fundamento en la sentencia recurrida; pues a lo sumo resultan discusiones de mayor o menor violencia y diferencias ocasionadas por motivos de índole económica y contraste de caracteres que en modo alguno pueden justificar el rompimiento del vínculo matrimonial; es evidente la procedencia de la revisión pedida en el recurso al amparo del número 3º del artículo 57 de la citada Ley"; Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 782-.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1255- señala que "no puede apreciarse como injuria grave comprendida en la causa séptima el hecho de haber el marido revocado la licencia marital que concedió a su mujer para todos los actos de dominio y administración de sus bienes propios, en la escritura de capitulaciones matrimoniales que ambos otorgaron dos días antes del matrimonio, a pesar de haberse el marido obligado en la misma escritura a no revocarlo".

(486) "... Que alegada la injusticia notoria del fallo como motivo del presente recurso, promovido al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, por estimar el recurrente que la Sala "a quo" hizo indebida aplicación de la causa séptima del artículo 3º de la citada ley apreciando erróneamente las pruebas practicadas, surge para este Tribunal Supremo el imperativo de examinar todos los elementos de probanza aportados al juicio; y, analizados éstos dentro del área de la causa discutida en este trámite, es inexcusable afirmar que no aparecen cumplidamente los malos tratamientos de palabra y obra por parte del esposo a la demandante en la última época de la convivencia conyugal, pues lo contradictorio de las deposiciones de los testigos y la imprecisión de sus cargos, hacen al menos surgir la duda sobre la realidad de tales hechos, y especialmente de su calidad suficientemente grave para constituir la sevicia material y moral, siendo esta duda razón bastante para dar por indemostrados los hechos afirmados por el Tribunal "a quo", con evidente error que hizo posible la indebida adaptación a aquellos de la norma jurídica citada": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1687-; "... Que dado el concepto que de la injusticia notoria viene sosteniendo reiteradamente esta Sala, no sólo admite para estimarla, bien la existencia de una evidente infracción de la Ley de Divorcio, ya una manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba practicada y el fallo de la sentencia recurrida, no es posible declarar aquella injusticia en el presente caso, porque fundada únicamente en la apreciación que la Audiencia ha hecho en su resolución de la prueba testifical practicada a instancia de ambos cónyuges sobre la existencia de los malos tratos y del desamparo alegados por la recurrente en su demanda, se observa que en la sentencia se examina y analiza en su primer Considerando toda la prueba referida deduciendo por su resultado que la testifical de la demandante queda destruida por las declaraciones de los testigos del marido demandado, sin que de este juicio, y por el análisis de los autos, se derive, no sólo injusticia notoria, sino ni equivocación o error palmario, porque la mayoría de los testigos de la mujer que afirman los malos tratos del marido ni expresan en su declaración la razón de ciencia de su dicho, otros lo saben "de oídas" y no falta quien los ignora, no precisándose en la demanda más que un día de malos tratos "el 27 del próximo pasado mes" y sin que en el interrogatorio a sus testigos, se concrete día, ni mes en que tuviera lugar, empleando locuciones vagas en las preguntas como las de "hace pocos meses", "en una ocasión", por lo cual es indudable que no existiendo otra clase de prueba sobre los malos tratos, la sentencia que recogiendo además la prueba del demandado, los desestima, no incurre en injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 588-; "... Que el recurso interpuesto de revisión por don J.E., conforme al número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, contra la sentencia recaída en el pleito de divorcio que promovió su esposa doña E.P. se dirige a combatir la apreciación en el fallo recurrido de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio y adviértese desde luego que la Audiencia de Barcelona para fundar en ella la culpabilidad del marido apóyase singularmente en el contenido de la certificación médica que obra al folio 3 de los autos porque, del contradictorio resultado que según el Tribunal sentenciador ofrece la prueba testifical practicada no es pertinente hacer consideración de clase alguna: Que la revisión de las probanzas realizadas en el pleito, demuestra palmariamente la procedencia del recurso entablado por lo que a la indicada causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio atañe, puesto que de la mencionada certificación facultativa del día 26 de julio de 1930 que doña E.P. acompañó a su demanda sin fechar, presentada al Juzgado en 14 de julio del año 1933, no aparece en modo alguno que en la sola vez que asistió a la demandante el médico suscriptor de aquella, según afirma al declarar, tuviera señales del bárbaro maltrato que el expresado día del año 1930 sufrió la actora al decir de la demanda, en la cual tampoco se precisa ni los testigos luego concretan que en alguna otra ocasión fuese objeto de maltrato de obra por parte de su esposo, ni de injurias de ninguna clase, determinantes aquí o éstas de la concurrencia en el caso de autos de hechos ciertos y positivos integrantes de la causa séptima del artículo 3º de la ley de Divorcio, que la sentencia recurrida equivocadamente aprecia para imputar aquella al demandado": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1237-; "... Que en otro aspecto de la cuestión que un análisis escrupuloso de las pruebas aportadas al juicio desautoriza la convicción establecida por la Audiencia de Avila, con el



criterio vacilante que implica la atribución de culpa de que el marido demandado hiciera objeto a su esposa de malos tratamientos de obra e injurias graves; porque si es cierto que testigos, la mayor parte domiciliados en el lugar donde accidentalmente, las temporadas de verano, reside la mujer dedicada a la venta de hortalizas y frutas, advirtieran aquéllos, las disensiones matrimoniales y el duro léxico marital; también es verdad que la imprecisión de todos es significada, que algunos, los más expresivos, están señalados de intimidad pecaminosa con su proponente, y que otros testimonios, proporcionados por la contraparte, de vecinos del pueblo, residencia habitual de los cónyuges, al par que aluden a la buena conducta del marido, enuncian con datos de la agresividad de la esposa, otro público y algunos concretos, denominarla aberración sexual; y ante todo ello que impide determinar la realidad de los malos tratos e injurias y si fueron provocados por la dudosa conducta de quien los padeciera, ha de reputarse errónea la consecuencia establecida, para cuya obtención se prescindió también de circunstancias, factores sociales y ambiente, que si no bastan para justificar actos reprobables intrínsecamente, pueden en ocasiones como ésta neutralizar su trascendencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1256-; "... Que por muy sobrios que sean los razonamientos del fallo recurrido, no puede decirse que cometa injusticia notoria al afirmar, como lo hace, que no se han probado en forma alguna las alegaciones contenidas, en la demanda, como tampoco se han demostrado las expuestas en la contestación, pues, en efecto, es lo cierto que, basada la demanda exclusivamente en la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, ni el resultado de la prueba practicada da suficiente relieve a los malos tratos o injurias que el demandado pudiese haber infligido a la actora, ni siquiera los determina ésta, con la necesaria precisión, en su escrito de demanda, el cual, más que una directa acusación del marido, parece dibujar una acusación a los familiares de la actora, que fueron quienes llevaron la discordia al seno del matrimonio, al revelar indiscretamente al marido el desliz que la mujer había tenido con un sobrino suyo y actual consocio, años antes de la celebración de la unión conyugal, lo que provocó el altercado doméstico al que se alude en la demanda y en la prueba, en el que intervinieron todos los familiares, sin que resulte bien esclarecido qué participación concreta tuviese el marido en las amenazas que, todos unidos, dirigieron a doña P.M.": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 519-; "... Que por la resultancia de los autos revisados minuciosamente, no resulta probada la concurrencia de la causa séptima, malos tratamientos de obra e injurias graves, del artículo 3º de la Ley de Divorcio, que alegó la esposa en la demanda, pues si bien es indudable que entre marido y mujer hubo el 1º de Febrero de 1934 una discordia, y aun cuando cabe suponer que entre el esposo, marinero, y su esposa, jornalera, hayan mediado palabras incorrectas y aún quizá malos tratos, insignificantes, es lo cierto que dadas las circunstancias en que pudieran haber ocurrido no constituyen las comprendidas en la alegada causa y por tanto el Tribunal sentenciador al no apreciarla no cometió injusticia notoria como se alega en el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 515-.

7.9. "La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común": Causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio (487).

7.9.1. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluíbles en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califican de culposas por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que, al descansar en actos voluntarios, imputables al que los realiza, sea jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a cualquiera de los motivos de divorcio o separación comprendidos en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio sin declarar culpable a quien le fue atribuido, pues, dada su naturaleza subjetiva, es secuela ineludible la declaración de culpabilidad del cónyuge incurso en los mismos (488).

---

(487) Esta causa octava del artículo 3º de la ley de Divorcio coincide casi exactamente en su redacción con el texto del proyecto de ley de divorcio, cuyo artículo 3º señalaba como causa legítima de divorcio en su número octavo: "La violación grave de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges cuando produzcan tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común":

La Comisión parlamentaria suprime del texto del proyecto las palabras "inmoral o deshonrosa", quedando redactado el número octavo del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio del siguiente modo: "La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común":

Un voto particular del Sr. Alberto de Quintana al artículo 3º del dictamen proponía la siguiente redacción de esta causa octava de divorcio:

"La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 7º al NUM. 109):

Leído por segunda vez en la sesión del día 10 de Febrero de 1932 -NUM. 114-, al no estar

presente en la Cámara el Sr. Quintana, el Sr. Villanueva ruega a la Presidencia que se dé lectura de un voto particular por él suscrito, que coincide exactamente con el del Sr. Quintana, para que sirva de base de discusión a la Cámara: Leído el voto particular suscrito por los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), que proponía la siguiente redacción del número octavo del artículo 3º del dictamen: "La violación grave de alguno de los deberes que imponen el matrimonio y la conducta inmoral o deshonorosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida común" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106), tras pedir el Sr. Villanueva se subsane un error de imprenta que aparece en el mismo, pues se dice "La violación grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta...", debiendo entenderse "o la conducta...", el Sr. Gomariz acepta, en nombre de la Comisión, el voto particular. Duda la redacción definitiva de esta causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, hay que entender que el voto particular aceptado por la Comisión es el suscrito por el Sr. Quintana de León- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI., p. 3734-3735):

Esta aceptación por la Comisión del voto particular suscrito por el Sr. Quintana produce la intervención del Sr. Sapiña de la Comisión, que entiende no debe modificarse el texto del dictamen por cuanto puede haber conductas que no sean inmorales o deshonorosas que, sin embargo, pueden producir una perturbación que haga imposible la vida en común de los cónyuges:

"... Quiero personalmente salvar mi responsabilidad; sólo aspiro a señalar la opinión de que no debe modificarse el dictamen de la Comisión, dejando esto como una opinión personal mía. Creo que, a pesar de la orientación de culpabilidad del proyecto, como decía mi querido amigo y camarada el Sr. Sanchís Banús el otro día, no hay más remedio, dado el ambiente del país, que el proyecto tenga una orientación de culpabilidad pero debemos darle, dentro de ella, la mayor objetividad posible. Entiendo que puede haber conductas que no sean inmorales o deshonorosas, que, sin embargo, pueden producir una perturbación que haga imposible la vida en común de los cónyuges, y esto no cae dentro de la injuria grave, la frivolidad, el apartamiento del cónyuge, su frialdad, no caen dentro de ese concepto, pero hacen materialmente imposible la vida común del matrimonio":

Contestando al Sr. Sapiña, el Sr. Villanueva le recuerda cómo esas conductas están tipificadas como una de las causas de separación de personas y bienes sin disolución del vínculo, pero que puede convertirse en divorcio vincular pasado cierto tiempo con la conformidad de ambos cónyuges:

"... Para contestar al Sr. Sapiña. Las palabras "conducta inmoral o deshonorosa grave", son transcripción fiel y exacta del proyecto del Sr. Ministro de Justicia, que así lo determinaba. La acción de divorcio está basada por regla general en la culpabilidad; única y exclusivamente existen ciertas excepciones; pero al decir el Sr. Sapiña que puede la conducta no ser inmoral ni deshonorosa y producir, sin embargo, perturbaciones en el matrimonio que hagan preciso el divorcio, le recordaré que eso lo hemos llevado al grupo cuarto del artículo 34 y siguientes, que tratan de la separación de personas y bienes, que no es divorcio vincular, sino separación.

De modo que, cuando no existe causa inmoral o deshonorosa, sino esa otra a que se refiere el Sr. Sapiña, puede existir el divorcio no vincular, pero que puede convertirse en divorcio vincular, pasados dos años, por la conformidad de ambas partes. Por esto, los escrúpulos del Sr. Sapiña quedan perfectamente desvanecidos en este punto":

Sin más discusión, la Cámara tomó en consideración el voto particular del Sr. Villanueva. No obstante, como se ha dicho, la redacción definitiva de esta causa de divorcio coincidiría con la del voto particular del Sr. Quintana, al no encontrarse en ésta la palabra "graves", contenida en la redacción del voto particular del Sr. Villanueva- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3735): Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo en que proponía la siguiente redacción del artículo 3º en su número octavo del dictamen, número noveno conforme al voto particular: "La violación también grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonorosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida común" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108), fue retirado a continuación por el mismo al haberse aceptado por la Cámara el voto particular del Sr. Villanueva (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3735).

Léida a continuación una enmienda del Sr. Juarros, en que proponía se redactara esta causa como sigue: "Los comportamientos incompatibles con la paz doméstica" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105), en defensa de la misma señalaría el Dr. Juarros su redacción menos conceptuosa que la del dictamen:

"... Esta humilde enmienda no tiene otra finalidad que la de procurar una redacción menos conceptuosa que la del dictamen y omitir aquello de "violación grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio", por su gran imprecisión, susceptible de grandes confusiones.

Yo he pensado mucho si debía o no retirar la enmienda, pues, aceptada, tendría el inconveniente de aumentar el carácter heterogéneo del texto de la Comisión; pero como ya no era aquél muy homogéneo, no he dudado en someter a la consideración de la Cámara si esta brevedad -dos renglones frente a seis y medio- y menor estilo conceptuoso, a más de un horizonte espiritual no existente en lo escrito por la Comisión, no resultaría más conveniente y, por lo tanto, beneficioso admitir la enmienda".

Invitado por el Sr. Gomariz, de la Comisión, a retirar su enmienda, por estimar que la misma no reporta ninguna ventaja, al mantener el Sr. Juarros su postura por entender que la redacción de su enmienda, a más de un horizonte más espiritual y un texto menos barroco que el dictamen, precisa y concreta más el concepto, se procede a su votación, siendo la misma desechada, aprobándose, sin más discusión, la causa octava del artículo 3º del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3735-3736).

(488) "... Que estimada la demanda promovida por doña M.H. en sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 10 de agosto de 1933, por la que decretó la separación de personas y bienes sin disolución de vínculo entre dicha señora y su esposo don E.C. con todos los efectos legales, en virtud de haber apreciado la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio alegada por la actora en relación con el número 2º del 36 de la misma, el singular problema que plantea el recurso entablado por dicha señora contra aquella resolución con arreglo a la causa 3ª del artículo 57 de la referida ley, no es ni puede ser otro que el de decidir si por no haber declarado el Tribunal "a quo" la culpabilidad del marido don E.C. incide el fallo impugnado en el motivo de revisión que para combatirlo en tal extremo alega la señora recurrente: Respecto de él que la sentencia recurrida consigna en su primer fundamento que la única cuestión a resolver en el pleito es la de si en el caso de autos concurre la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio invocada por el actor con vista del resultado de las pruebas practicadas, y en el octavo considerando declara paladinamente por virtud de las apreciaciones de hecho realizadas en los tres precedentes fundamentos que, por parte del esposo demandado se han violado aquellos deberes que la ley impone a los cónyuges y que su incumplimiento ha producido tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hacen insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común y a los que se refiere la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio alegada en la demanda; pero como a pesar de tan rotundas afirmaciones del Tribunal "a quo" cuya certeza confirma la revisión de la prueba aportada a los autos y de que de ellas fluye naturalmente la culpabilidad del demandado en la realización de los actos que le imputa, no la declaró en su sentencia la Audiencia de Murcia después de haber estimado que constituían la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 por no haber logrado esclarecer por las probanzas hechas los motivos íntimos que a don E.C. lo determinaron a verificarlos, cuando es visto que sean los que fueren tuvo que estimar rectamente dicho Tribunal la realidad de la infracción por el esposo de aquellos deberes legales y naturales que el matrimonio impone entre los cónyuges, integrantes de la causa de separación alegada en la demanda, de esto es consecuencia precisa, por tanto, que al no apreciar en aquélla el Tribunal "a quo" la culpabilidad del marido en su comisión incurrió la sentencia impugnada en la injusticia notoria prevista en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio señalado por la recurrente, y en su virtud, procede dar lugar al recurso entablado por doña M.H., declarando culpable de la separación decretada al marido demandado don E.C. a quien a tenor de lo establecido en el artículo 62 de la referida ley han de imponérsele las costas del pleito": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 905-

7.9.2. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

El número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio comprende dos causas o motivos independientes de divorcio o separación:

a) "La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común".

b) "La conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común":

Antes de entrar en el estudio de ambos motivos de divorcio o separación comprendidos en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es preciso resaltar algunos aspectos de índole general aplicables a esta causa de divorcio o separación:

7.9.2.1. Contenido global de esta causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Aun cuando la realidad podía ofrecer situaciones que entrañaran violación de deberes conyugales determinantes del divorcio o separación por el motivo primero de esta causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio sin llegar a la patente inmoralidad o deshonor que exige el caso segundo de dicha causa (489), una diferenciación absoluta de ambos motivos de divorcio o separación era prácticamente inviable, de ahí que la jurisprudencia destacara el contenido global de esta causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio (490).

7.9.2.2. Alcance del concepto de "vida común" expresado en el último inciso de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Según la doctrina jurisprudencial, el concepto de "vida común", expresado en el último inciso de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, no se refiere y limita al hecho material de la convivencia de los cónyuges en el mismo hogar, sino a la más amplia y humana comprensión de una existencia ligada por el vínculo, dentro de la sociedad en que se desarrollan y cumplen los fines orgánicos y necesarios a que la constitución de la familia responde (491).

7.9.2.3. Coculpabilidad del marido y de la esposa dentro de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Vino a señalar la doctrina del Tribunal Supremo que, aun cuando hay que reconocer que, por lo general, son difícilmente compatibles las culpabilidades del marido y de la mujer dentro de la causa octava del artículo 3º de la Ley de divorcio, dada la exigencia legal de que la violación de deberes o la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges "produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común", no puede negarse en absoluto, dada la amplitud de la citada causa de divorcio o separaciones, la posibilidad de que ambos cónyuges, cada uno con su propia y peculiar conducta, contribuyan a crear una situación conyugal insostenible (492).

---

(489) "... Que el número octavo del artículo 3º de aquí se invoca, comprende evidentemente dos causas o motivos independientes de divorcio; primero, la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio, y segundo la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que haga insoportable para el otro la continuación de la vida en común, pudiendo indudablemente darse el caso de que alguno viole deberes conyugales sin estar incurso en la inmoralidad o deshonor manifiesta o estricta que exige el caso segundo": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 754-; "... Que la causa octava del artículo 3º de dicha ley, como esta Sala tiene reconocido, dos motivos de divorcio distintos, uno la violación de algunos deberes que impone el matrimonio, otro la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, casos que han de producir tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable la vida común y la diferenciación debe establecerse, porque la realidad puede ofrecer situaciones que entrañen quebrantamiento de

deberes conyugales determinantes del divorcio por el caso primero de esta causa octava, sin llegar a la patente inmoralidad o deshonor que comprende el segundo": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2077-.

(490) "... Que la injusticia del fallo alegada por la recurrente, se apoya fundamentalmente, al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, en la infracción atribuida al Tribunal "a quo" de los artículos 359 y número 2º del 1692 de la Ley procesal civil...: Que además de ser manifiestamente inaplicable en este recurso el número 2º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no aparece tampoco en la sentencia de infracción alegada del artículo 359 de la propia Ley pues no puede haber incongruencia en un fallo en el que se decide el divorcio por la causa legal citada al efecto por la parte que lo solicita; sin que la circunstancia de que la Sala de instancia califique de infracción de deberes matrimoniales los hechos que el accionante adjetivó de inmorales y deshonorosos suponga incongruencia dado el global contenido de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 795-

(491) "... Que constante perdure el estado matrimonial son exigibles los deberes morales y legales impuestos a los esposos; y es así aunque vivan separados de domicilio por las razones íntimas que los sirvieran para coonestar esa situación anormal, como la conducta inmoral y deshonesto de cualquiera de ellos determina en todo caso una flagrante perturbación de las relaciones conyugales susceptibles de legalizar el divorcio, puesto que altera y trastorna la ocasicidad de intereses eminentes implicados en el matrimonio sin que el concepto de "vida común", expresado en el último inciso de la causa octava del artículo 3º se refiera y limite al hecho material de la convivencia en el mismo hogar, sino a la más amplia y humana comprensión de una existencia ligada por el vínculo, dentro de la sociedad en que se desarrollan y cumplen los fines orgánicos y necesarios a que la constitución de la familia responde, de tal forma que la ofensa inferida por el proceder inmoral de uno de los cónyuges donde quiera que se halle, si no lo hiciera los sentimientos más íntimos del otro, pero es que también macula y lastima el honor de la familia entera y subvierte la normalidad de la "vida común" abarcada en el ámbito amplísimo de la colectividad social integrada por ellos y ponen el mezcuno e intrascendente del acotado bajo el mismo techo: En tal sentido interpretada la ley de régimen, es claro que la revisión solicitada por injusticia notoria de la sentencia recurrida carece de fundamento... porque probada la indignidad de la esposa, incide ésta culpablemente en la causa octava del artículo 3º que origina la estimación del divorcio solicitado por el marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 768-.

(492) "... Que el motivo primero del presente recurso, en su apartado a), limita a impugnar la apreciación de prueba hecha por la Sala sentenciadora al estimar culpable a la demandante y ahora recurrente de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio y no logra demostrar aquella absoluta divergencia y contradicción entre los hechos recogidos en el pleito y las afirmaciones de la resolución recurrida, que sería necesaria para que el recurso de revisión pudiera prosperar, pues la fuerza indudable de los testimonios de cargo suministrados por personas de muy variadas calidades y acreditativos de que la esposa, en múltiples momentos y principalmente en las ausencias de su marido, no llevaba la vida ordenada, diáfana u honesta que correspondía a su estado, no puede ser destruida por la débil eficacia de los testimonios de descargo, en los que se afirma la bondad y rectitud de la conducta de la demandante: Que el apartado b) de este mismo motivo aduce la infracción por la Sala del citado número 8º del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, en razón a haber admitido que la conducta inmoral de uno de los cónyuges puede producir una perturbación de las relaciones matrimoniales cuando el otro cónyuge es responsable también de reprochable conducta; pero si bien hay que reconocer que, por lo general, son difícilmente compatibles la culpabilidad del marido y la de la mujer dentro de la causa 8ª, dada la exigencia legal de que la violación de deberes o la conducta inmoral y deshonorosa de uno de los cónyuges "produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida común", no puede negarse en absoluto -si se tiene en cuenta la amplitud de esta causa 8ª en la que holgadamente caben tan diversas hipótesis y situaciones- la posibilidad de que ambos cónyuges, cada uno con su propia y peculiar conducta, contribuyan a crear una situación conyugal insostenible;

y como, en el presente caso, no se ha demostrado que sean contradictorias las recíprocas culpabilidades que la Sala estima y que, además, de no estar adscritas a esta causa 8ª, habían de estarlo a otras casuales del propio artículo 3º, pues la del marido podía encajar en la 1ª y en la 4ª, alegadas en la demanda y que el Juez informante conceptuó perfectamente aplicables por estar probado que el marido demandado violó el deber de fidelidad e incumplió, además, en distintas ocasiones, y a causa de su desordenada vida, el deber de asistencia, dejando a la familia en situaciones de efectivo desamparo, en las que tuvo la esposa que ser auxiliada por diversos parientes y especialmente por su padre político, y, a su vez, la culpabilidad de la mujer podría ser también conectada con alguna otra causa, como la 7ª, oportunamente invocada por el marido en su reconvencción y que se adaptaría muy bien a los hechos probados, claramente y constitutivos de una injuria grave para el marido, ya que la virtualidad y gravedad de las injurias, si bien ha de ser estimada en relación con las características morales íntimas de los cónyuges, también ha de ser apreciada en relación con las circunstancias sociales y externas que rodeen el ambiente familiar, muy dignas de ser tomadas en consideración en el actual caso, dada la esfera en la que los esposos vivían o debían vivir, tanto por razón de los cargos que el marido desempeñó como por honorabilidad y categoría social de sus padres, forzoso es concluir que no cometió el fallo la injusticia notoria que la parte recurrente denuncia y que por el contrario se produciría si, por acatamiento a una técnica exageradamente rígida, se accediera a la revisión de la sentencia...": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2179-.



7.9.3. "La violación de algunos de los deberes que impone el matrimonio que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común":

7.9.3.1. Delimitación de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Según vino a declarar la doctrina del Tribunal Supremo, por mucha que sea la flexibilidad y amplitud de la causa de divorcio, en cierto modo genérica, que establece el número octavo del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, a imitación del párrafo 1568 del Código civil alemán (493), se ha de entender que para que ella sea aplicable en el caso de la violación de deberes, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

Primero: Que uno de los cónyuges, sin motivos suficientes y de un modo culposo, incumpla alguno de los deberes que impone el matrimonio, en relación con la norma de los artículos 56 y 57 del Código civil, que define las obligaciones de los cónyuges (494).

Segundo: Que esa violación de deberes produzca perturbación tal en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común (495).

Los deberes matrimoniales, de rigurosa observancia, cuya violación o transgresión está comprendida en el ámbito de este motivo de divorcio o separación cuando esa violación de deberes produce perturbación tal en las relaciones matrimoniales que haga insoportable al otro cónyuge la continuación de la vida común, circunstancia ésta muy relativa y ligada a las particularidades de cada caso, son los comprendidos en los artículos 56 y 57 del Código civil, que establecen las obligaciones de los cónyuges, y que se refieren a los deberes de vida en común, fidelidad conyugal y mutuo socorro que el matrimonio

impone de consuno a los cónyuges, el deber de protección y amparo del marido a la mujer y de obediencia de la mujer casada a su esposo, constituyendo, según vino a declarar la doctrina jurisprudencial, una interpretación errónea por demasiado extensiva del contenido de este motivo de divorcio o separación la inclusión en el mismo de fórmulas vagas y genéricas sin contenido legal positivo, así cuando se alega como deber violado "el de contribuir a la convivencia sosegada y tranquila que hace posibles los fines del matrimonio" (496), u otros hechos que no deben ni pueden estimarse como comprendidos entre las violaciones de deberes que el matrimonio impone, así la falta de solicitud de la esposa en el cuidado de su persona y en el gobierno del hogar conyugal (497), la revocación por el marido de la licencia marital que había otorgado a su mujer para ejercitar la acción criminal por injurias contra una vecina cuando con ello no sólo no se causa un quebranto moral sino que se evitan además gastos inútiles (498), los referidos a gestiones económicas más o menos acertadas de uno de los cónyuges (499), u otros que no están comprendidos en los artículos 56 y 57 del Código civil que establecen las obligaciones de los cónyuges (500).

7.9.3.2. Violación del deber de "vida en común" en la misma residencia y domicilio del marido:

Aún cuando uno de los deberes matrimoniales, de riguros observancia con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 58 del Código Civil, y cuya violación puede estar comprendida en el ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es el de "vivir juntos" los cónyuges (501), para que se le pueda dar juego legalmente se requiere, de acuerdo con el sentido de la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sólo que se incumpla el deber de convivencia matrimonial, sino que además resulte acreditado que el cónyuge que se marchó del domicilio conyugal lo hizo por su voluntad, sin causa justificada y sin asentimiento de su consorte (502), exigiéndose, pues, una demostración suficiente de las circunstancias culposas que acompañen a la falta de convivencia: Si, por virtud de la doctrina jurisprudencial reseñada, para que proceda esta causa octava

del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su primer extremo de los dos que comprende, por violación de deber de "vida común" que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges, es requisito imprescindible que se justifique sin la menos duda la culpabilidad del cónyuge que se marchó del domicilio conyugal sin motivo ni razón suficiente (503), se impone su desestimación cuando la parte que la alega no acredita en autos la existencia y realidad de hechos demostrativos de la culpabilidad del cónyuge a quien se le imputa el abandono injustificado del domicilio conyugal (504), no siendo de estimar tal elemento de culpabilidad cuando la separación fue convenida voluntariamente por los cónyuges, o existe conformidad de uno de ellos con el apartamiento del otro del hogar conyugal, aun cuando la misma se manifieste de modo tácito, así como cuando la separación fue consentida por ambos cónyuges (505) u obedece a la concurrencia de una perturbación profunda sufrida en las relaciones matrimoniales por efecto de alguna de las causas que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges a que se refiere el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio (506), o, finalmente, cuando es excusable por razones explicables en humano proceder excluyentes de culpa el apartamiento de uno de los cónyuges del domicilio conyugal (507):

Y siendo esta misma doctrina aplicable al supuesto de "abandono culpable del cónyuge durante un año", causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, por suponer dicha conducta una violación del deber de convivencia, uno de los deberes matrimoniales cuya infracción se comprende en la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su primer extremo de los dos que comprende, requiriéndose en ambos casos no sólo que se incumpla el deber de convivencia matrimonial sino que además resulte acreditado que el cónyuge que se marchó del domicilio conyugal lo hizo por su voluntad, sin causa justificada y sin asentimiento de su consorte, la doctrina jurisprudencial interpretativa de la causa de abandono será de igual modo aplicable cuando se trate de la violación del deber de vida común, pues, si en un primer momento podía establecerse la diferenciación

de ambas causas por la circunstancia de exigir la causa quinta el lapso de tiempo de un año para que pudiera estimarse su existencia, esa misma doctrina jurisprudencial vino a declarar que la violación del deber de convivencia no podía ser, a los efectos de la estimación de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, en su extremo de violación de los deberes matrimoniales, de peor condición que el de la causa quinta que requiere la necesidad de que haya transcurrido un año como exigencia de plazo impuesto por la misma para que el abandono sea jurídicamente motivo de separación o divorcio (508), y, consecuentemente, son de aplicación al caso las normas sobre la exigencia de transcurso del plazo y cómputo del mismo como requisito de índole temporal que matiza la violación del deber de convivencia previsto en la citada causa de divorcio o separación:

Siendo igualmente de aplicación al caso las normas relativas al depósito de la mujer casada, no puede constituir violación del deber de convivencia, a los efectos de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su primer extremo de los dos que comprende, la salida de la esposa del domicilio conyugal con la finalidad de solicitar el depósito de su persona, pues al abandonar el domicilio conyugal lo hace ejercitando un derecho regulado por las disposiciones sustantivas y adjetivas referentes al depósito de persona como trámite previo a la interposición formal de la demanda de divorcio, y el que usa de su derecho a nadie perjudica (509), ni, naturalmente, una vez constituido el depósito provisional de la esposa, puede imputársele violación del deber de convivencia, por encontrarse en un estado de derecho que la desliga de la forzosa convivencia con su marido (510), y ello aun cuando el depósito quede sin efecto y tenga que restituirse la esposa a la casa de su marido, a no ser que por éste se hiciese uso de los medios legales que tiene a su alcance para restituir a su esposa al hogar común, pues, en otro caso, se entiende que consiente el estado de separación en que se hallan los cónyuges (511).

7.9.3.3. Violación del deber de mutuo socorro que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges, y de los deberes de protección y amparo del marido a la mujer y de obediencia de la mujer casada a su esposo:

Otros deberes matrimoniales, de rigurosa observancia con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 del Código civil, y cuya violación puede estar comprendida en el ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de divorcio en su primer extremo de los dos que comprende, son el deber de mutuo socorro que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges, y los deberes de protección y amparo del marido a la mujer y de obediencia de la mujer casada a su esposo (512):

Tampoco en este punto logra mantenerse el sistema orgánico de la Ley de Divorcio, pues si la no prestación por uno de los cónyuges de las naturales asistencias materiales y morales que a los mismos impone la celebración del matrimonio puede estar comprendida en el ámbito de la causa cuarta del artículo 3º de la Ley de divorcio -"el desamparo de la familia sin justificación"-, esta infracción manifiesta del cumplimiento por uno de los cónyuges de las obligaciones legales y de los deberes que el estado conyugal y una elemental ética exigen puede constituir una violación del deber de mutuo socorro que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges y, respecto del marido, además, del deber de protección a su mujer (513).

Si la obligación legal y moral en el marido de protección y amparo a la mujer surge del reconocimiento de la autoridad marital que la ley atribuye al varón en el matrimonio (514), el deber de obediencia de la mujer casada en su marido es consecuencia de la autoridad marital reconocida legalmente al varón en el matrimonio (515).

7.9.3.4. La negativa del débito conyugal como violación de los deberes que impone el matrimonio que puede producir perturbación tal en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común:

De acuerdo con el sentido de la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, la prestación del débito conyugal es el primero y primordial deber que en relación con los fines fundamentales del matrimonio -ordenado por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole- se impone de consuno a los cónyuges para hacer compatible la satisfacción de instinto genésico con la moralización del amor entre los esposos (516), y si no se presta el débito conyugal, aquél a quien fuere debida esta irregularidad de conducta infringe evidentemente la ley conyugal por violación de las normas del matrimonio que hace insoportable la vida de relación, siendo por lo tanto de aplicación la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su primer extremo de los dos que comprende: Ante esta situación de falta de comunicación sexual de los esposos, dos son, según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1935, las cuestiones que han de resolverse, una la de saber a cuál de los esposos debe atribuirse la culpa, y otra si la negación del derecho al acto conyugal por uno de los cónyuges es o no susceptible de justificación:

"... Que el matrimonio, como institución natural cuyo fundamento deontológico reside en la unión plena y legal de los dos sexos, en fusión de coexistencia corporal y espiritual -"consortium omnis vitae"- constituye la integración de una individualidad superior con fines fundamentales en el orden social, entre los cuales figura en primera categoría el de la continuidad de la especie mediante la perenne producción y reproducción de la misma, dando lugar a la unidad orgánica de la familia que exige los demás deberes de cuidado y auxilio, subordinados a tan trascendental misión; y es claro que si no se presta el débito conyugal para hacer compatible la satisfacción del instinto genésico con la moralización de amor entre los esposos, aquél a quien fuera debida esta irregularidad de conducta infringe evidentemente la ley conyugal por violación de las normas del matrimonio que hace insoportable la vida de relación, siendo por lo tanto de aplicación la causa octava del artículo 3º de la ley de régimen y en consecuencia procede la separación invocada, según previene

el artículo 36; y la sentencia deniega este remedio, incurre en notoria injusticia, razón en mérito de la cual es de estimar el presente recurso de revisión.

Que acusada por la mujer la violación de los deberes conyugales, imputable al marido, a consecuencia de la no prestación del débito conyugal, hasta tal punto que el reconocimiento facultativo ha comprobado la realidad del caso, confesado también por ambos cónyuges, la primera cuestión que debe resolverse es la de saber a cual de los esposos debe atribuirse la culpa; y en cuanto a ello merecen especial autoridad las manifestaciones del demandado en el hecho segundo del escrito de contestación, reveladores de su indiferencia ante situaciones que, según dictamen médico, no constituyen obstáculos psicológicos ni morales susceptibles de justificar la falta de comunicación sexual, ni mucho menos consiguió demostrar que el incumplimiento de este deber fuese originado por la resistencia invencible de su compañera; razones que permiten formar convicción bastante para discernir la culpa a cargo de dicho demandado" (517).

Mas el sentido de la doctrina contenida en la sentencia de 16 de Mayo de 1935 se complementa con el sentido de la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere el incumplimiento de la prestación del débito conyugal a la violación del deber de los esposos de consumar el ayuntamiento carnal como único medio posible de procurar la reproducción de la especie que constituye uno de los fines esenciales del connubio, deber que esa misma doctrina impone de modo primordial al marido a quien corresponde por exigencia de la razón y de la ley desde los comienzos de la vida conyugal la iniciativa dentro de ella de todas las actividades y, por tanto, en las relaciones de orden natural que han de existir entre los cónyuges desde el instante mismo en que el casamiento se verifica, y el incumplimiento de este primordial deber que el matrimonio impone al marido por causas imputables al mismo envuelve un agravio intolerable para la mujer que entra de lleno en el ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio por violación de

las normas del matrimonio que hace insoportable la vida de relación (518).

(493) Artículo 1568 del Código civil alemán promulgado el 18 de Agosto de 1896: "Podrá uno de los cónyuges pedir el divorcio, cuando por revelación grave de los deberes propios del matrimonio, o por su conducta inmoral o deshonrosa, se haya hecho culpable el otro de una perturbación tan profunda de las relaciones conyugales que no pueda exigir del querellante la continuación del matrimonio. También se reputa la sevicia violación grave de los deberes" (Ministerio de Justicia: Comisión de Legislación extranjera: "Código Civil de Alemania, promulgado el 18 de Agosto de 1896": Ed. Gráficas Uguina, Madrid-1954).

(494) Disponía el artículo 56 del Código civil: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente"; y el artículo 57 del mismo cuerpo legal preceptuaba: "El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido".

(495) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1350-.

(496) "... Que si como tiene declarado esta Sala reiteradamente, la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley del Divorcio consiste en una evidente equivocación en la aplicación de los preceptos de la indicada Ley o en una manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo, no puede menos de estimarse el presente recurso fundado en aquella causa; primero porque la Audiencia admite la causa octava del artículo 3º invocada por el marido en su demanda, cuando éste como razón de tal causa únicamente alega como deber violado por la mujer "el de contribuir a la convivencia sosegada y tranquila que hace posibles los fines del matrimonio" formula vaga y genérica, sin contenido legal positivo y sin precisión de hecho alguno de que derivarla y que no puede comprenderse en los artículos 56 y 57 del Código civil que establecen las obligaciones de los cónyuges": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 79-.

(497) En cuanto al primer fundamento, la causa octava del artículo 3º de la mencionada ley, la deduce la Audiencia, como era preciso, de los hechos que en la reconvenición consigna el marido, pero analizando tales hechos y observando que todo lo que el marido imputa a su mujer, después de veintitrés años de casados, es un desacuerdo con el suegro y cuñado, falta de aseo, de limpieza en su persona y en la casa crearon un ambiente de suciedad en el hogar; ausencia de higiene doméstica, carencia de conocimientos culinarios; mala y escasa alimentación y una leve desobediencia, reconociendo además la sentencia que el marido nada hizo para evitar tal estado de cosas, aquellos hechos no deben ni pueden estimarse como comprendidos ni en la letra ni en el espíritu de la referida causa octava, que a pesar de su gran elasticidad y amplitud de redacción, se contrae a violación de deberes matrimoniales y a la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges con perturbación honda que haga insoportable al otro la continuación de la vida común, según la ley exige, máxime cuando como en el presente caso, sobre la conducta de la mujer, la Audiencia, reconociendo fielmente lo actuado, declara en el tercer Considerando de su sentencia que "contra la moralidad de ella no existe tacha alguna", por lo que ha tenido que incluir aquellas acusaciones del marido entre las violaciones de deberes que el matrimonio impone, lo cual constituye una interpretación errónea por demasiado extensiva del contenido de la citada causa octava y una notoria injusticia en la aplicación de la ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1544-; "... Sin que, por otra parte, y, según afirma la Sala sentenciadora, se hallen plenamente demostradas las faltas de limpieza e higiene en el hogar por culpa de la demandada, que en otro caso tampoco podrían estimarse comprendidas en la causa octava del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 246-; "... Así como tampoco podía el Tribunal "a quo" considerar probados con la suficiente claridad y eficiencia los supuestos malos tratos que don S.A. atribuye a su esposa, en violación para con él de los deberes conyugales por no tener tal categoría los descuidos en que alguna que otra vez incurriera la demandante respecto de la



solicitud y atenciones debidas a su marido y en el gobierno del hogar matrimonial": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1033-

(498) "... Que tampoco incurre la sentencia recurrida en errores de facto o de jure al no estimar la causa octava, también aducida en la demanda porque al no encontrar ni el Juez instructor ni la Audiencia méritos para dirigir el procedimiento en la querrela por injurias deducidas por la actora contra una vecina cuya no dejó el marido a aquella indefensa por la revocación de la licencia marital para ejercitar la acción criminal, toda vez que con ello no se causaba un quebranto moral y si sólo se evitaban gastos inútiles": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 535-

(499) "... Que, respecto a la causa octava del divorcio, se invoca sustancialmente en contra del señor R. la mala administración llevada a cabo de los bienes de la herencia del padre de la actora, con la negativa a rendir cuentas y los disgustos consiguientes entre los cónyuges, estos hechos, aparte de que son de orden económico-matrimonial, que tienen lugar mas adecuado en distinta clase de procedimiento, según también entiende el Tribunal Sentenciador, no constituyen evidentemente violación de los deberes que impone el matrimonio, ni demuestran conducta inmoral o deshonorosa del demandado del modo que se exige por la mencionada causa, por lo que tampoco puede estimarse que la Sala, al rechazarla, haya incurrido en injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 161-; "... Que, alcanzando el recurso por injusticia notoria a la desestimación por el Tribunal "a quo" de la causa octava del artículo 3º de la Ley del Divorcio que el recurrente alegó por reconvencción, y en cuyo apoyo se invocó sustancialmente una deplorable gestión económica familiar de la esposa, es evidente la improcedencia del recurso, pues, ya tiene establecido este Tribunal Supremo, tal motivo no constituye violación de los deberes que impone el matrimonio ni demuestra una conducta deshonorosa o inmoral de la esposa, cual se exige en la causa alegada": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1825-; "... Que la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada en su reconvencción por la esposa demandada y que estima la Sala de instancia en el fallo, no aparece apoyada en ningún hecho del esposo que suponga incumplimiento de un deber matrimonial, ni conducta inmoral o deshonorosa, pues no es posible dar tal alcance a haber depositado a su nombre en una caja de seguridad de un Banco las alhajas pertenecientes a su mujer: razones que justifican el recurso de revisión fundado en estimar notoriamente injusto el acogimiento de dicha causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 782-; "... Que aparte de que en el escrito en que se interpone el recurso de revisión por injusticia notoria que se examina, se consignan como hechos probados algunos que no se declaran, como tales, en la sentencia recurrida, ni se deducen de la prueba practicada en juicio, aun admitiendo su realidad, no se desprenden de los mismos, por referirse a gestiones económicas más o menos acertadas de uno de los cónyuges, la existencia de las causas de divorcio señaladas con los números séptimo y octavo en el artículo 3º de la vigente ley de 2 de marzo de 1932, conforme a doctrina establecida por este Tribunal Supremo, por lo que es ineludible desestimar el recurso entablado por la representación de don A.L.": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1257-

(500) "... Que no sucede lo propio con la estimación que se hace en dicha sentencia de la causa octava de divorcio, que fue alegada por el Sr. R. en la reconvencción, porque admitiéndose como probado en el Considerando primero que dicho señor se trasladó desde la casa de su suegra, donde vivía su mujer, a la de su madre, a los pocos días de morir una hermana de aquél, instalándose en ella sin que le siguiera la actora, y apareciendo también que el marido propuso a la mujer siguieran viviendo separados, yendo él a verla de tiempo en tiempo y que llegó a indicarle fuera a vivir con él a casa de su madre, o en otro caso, esperarse a que cambiara la situación para volver el demandado a vivir con su esposa y familia, es claro que todos estos hechos, que son los resultantes de las actuaciones, no constituyen prueba de que doña Teresa A. haya violado ninguno de los deberes que impone el matrimonio, a los efectos de la causa octava del artículo 3º de la ley de referencia, por ser el marido el que abandona el domicilio, sin que aparezca requerimiento en forma a la mujer para que le siguiera; de todo

lo cual se desprende que la Sala sentenciadora ha incurrido en injusticia notoria al declarar la existencia de la referida causa de divorcio, debiendo en tal sentido ser estimado el recurso de revisión interpuesto sin hacer especial imposición de costas": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1818-; "... No puede conceptuarse como violación de deberes matrimoniales imputable a la mujer el simple hecho de que ésta, sospechando del motivo de un viaje de su marido de Valencia a Madrid, viniese con su hija de corta edad a esta capital con el propósito de averiguar la verdadera causa de tal viaje, instalándose en casa de sus padres, escribiéndoselo así a su marido en carta certificada que éste mismo acompañó a su demanda, sin que el marido le contestase ni se preocupase más de su mujer, cuyo embarazo conocía y sin que de otro hecho comprendido en la causa octava se acuse a la mujer": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1378-.

(501) Disponía el artículo 56 del Código civil: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente"; a su vez, el artículo 58 del mismo cuerpo legal preceptuaba: "La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirle de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero".

En Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1581-, al mismo tiempo que se declara cómo el deber de "vida en común" es uno de los deberes, de rigurosa observancia, que el matrimonio impone a los cónyuges, se establece de igual modo la doctrina de que el mismo puede, no obstante, ser excusado cuando concurren motivos suficientes:

"... Que, al estimar el Tribunal *a quo* la causa octava del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, con declaración de culpabilidad para la esposa, no incurrió en injusticia notoria por ser un hecho plenamente acreditado que aquella quebrantó el principal deber del matrimonio, al negarse a vivir con su marido, a pesar de los requerimientos que se hicieron; deber de rigurosa observancia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 58 del Código Civil, que únicamente podía ser excusado cuando concudiesen motivos fundados, que en el presente caso no resultan acreditados, lo que cuidadosamente examina la sentencia recurrida".

(502) Una síntesis de esta doctrina, íntimamente ligada al sentido de la reflejada en la sentencia de 28 de Marzo de 1933 -Cfr. NOTA anterior- que declara de rigurosa observancia el deber de vida en común que el matrimonio impone a los cónyuges salvo que concurren motivos fundados que puedan excusar la falta de convivencia, puede observarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1350-, en que se desestima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que declara no haber lugar al divorcio de los cónyuges por la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por aquél como fundamento de su demanda, porque al no estimar justificada la procedencia de la misma no pudo cometer injusticia notoria ya que, conforme a la doctrina reseñada, no cabe dentro de la hipótesis de esta causa de divorcio la circunstancia de que uno de los cónyuges rompa el deber matrimonial de vivir con el otro arrastrado por una situación de insostenible convivencia producida con anterioridad a su salida del domicilio conyugal:

"... Que aun cuando uno de los deberes matrimoniales, cuya violación pueda estar comprendida en el ámbito de esta causa de divorcio, sea el de vivir juntos los cónyuges, es indudable que para que se le pueda dar juego legalmente, ha de haber prueba cumplida de que el cónyuge que se marchó del domicilio conyugal lo hizo por su sola voluntad, sin causa justificada y sin asentimiento de su consorte, pues, de otro modo, si no se exigiese una demostración suficiente de las circunstancias culposas que acompañen a la falta de convivencia y le den matiz propio quedaría roto el sistema orgánico que late en la ley de Divorcio y destruida la relación y coordinación que la causa octava ha de guardar con otras causas, más o menos afines a ella, cuales las de los números quinto y duodécimo.

Que la indicada doctrina está de acuerdo con el sentido de la constante jurisprudencia de esta Sala, de la que es un reflejo la sentencia de 28 de marzo de 1933, que al declarar,

en principio, que la esposa que se niega a vivir con su marido, a pesar de los requerimientos que se le hacen para ello, quebranta el principal de los deberes del matrimonio, de rigurosa observancia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 56 y 58 del Código civil, tiene buen cuidado de advertir que ese deber puede ser excusado cuando concurren motivos serios.

Que la prueba practicada en los autos de los que dimana este recurso perfectamente recogida y valorada por la Sala sentenciadora, acredita los siguientes hechos:

Primero: Que los cónyuges interesados en este pleito, desde poco tiempo después de su matrimonio empezaron a tener disgusto y promover indistintamente incidentes entre ellos, dando lugar a la celebración de varios juicios de faltas, y si bien la mujer abandonó alguna vez el domicilio conyugal, lo hizo a consecuencia de los referidos disgustos y sólo por veinticuatro horas que pasó en casa de una amiga suya.

Segundo: Que en otra ocasión fue su marido el que la obligó a marcharse a La Coruña con sus padres, volviéndose a Madrid desde El Escorial y presentándose inmediatamente en su domicilio.

Tercero: Que aunque en junio de 1932 abandonó la esposa, definitivamente el domicilio conyugal, lo hizo a causa de la situación insostenible de convivencia y fundándose en el documento suscrito por ambos cónyuges en 7 de noviembre de 1931, por el que no sólo se autorizaba a la esposa para vivir separada sino que se le prohibía residir en Madrid, habitual o accidentalmente.

Que, dados los anteriores hechos, no comete injusticia notoria y muy por el contrario aplica acertadamente las normas del vigente derecho matrimonial, la sentencia que deniega el divorcio por no estar justificada la procedencia de la causa octava sin que enervar la justeza de ese fallo la argumentación del recurso, limitada a poner de relieve que el documento aludido no tuvo virtualidad, toda vez que desde el 7 de noviembre de 1931, en que fue suscrito, hasta el mes de junio de 1932, en que la demandada abandonó el domicilio conyugal, siguieron los esposos viviendo juntos, pues, sea cualquiera la efectividad práctica que pudiera tener el convenio exteriorizado en tal documento, no cabe duda que ese convenio constituye un antecedente muy significativo que el Tribunal de instancia tenía que tener en cuenta, al lado de los otros que recoge, para dar la interpretación debida al acto que últimamente realizó la esposa y que ciertamente no cabe dentro de la hipótesis de la tan repetida causa octava del artículo 3º, dictada para aquellos casos en que la violación de deberes por uno de los cónyuges produzca una perturbación honda en la vida familiar y no para aquellos casos inversos, como el de este pleito, en los que una situación de insostenible convivencia, producida con anterioridad, arrastra a alguno de los cónyuges a romper el deber matrimonial de vivir con el otro.

A la doctrina de esta sentencia alude, a su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 968-, que, por aplicación de la indicada doctrina, desestima igualmente al recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandado contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que denegó el divorcio de los cónyuges por la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, única invocada por aquél como fundamento de su demanda reconventional, por entender que no puede reputarse como un abandono injustificado del domicilio conyugal la salida de la esposa del mismo tras un período de gran tirantez de las relaciones conyugales:

"... Que tiene declarado esta Sala, en su sentencia de 19 de junio de 1935, que aun cuando uno de los deberes matrimoniales cuya violación puede estar comprendida en el ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, sea el de vivir juntos los cónyuges, es indudable que para que pueda estar aquél en juego ha de haber prueba cumplida de que el cónyuge que se marchó del domicilio conyugal lo hizo por su sola voluntad, sin causa justificada y sin asentimiento de su consorte, pues, de otro modo, si no se exigiese una demostración suficiente de las circunstancias culposas que acompañen a la falta de convivencia y le den matiz propio, quedaría roto el sistema orgánico que resprandece en la ley Divorcio y destruida la coordinación que ha de existir entre la causa octava y algunas otras, cual la del número quinto, afines a ella.

Que la anterior doctrina basta para desautorizar el motivo primero del recurso de

revisión por injusticia notoria formulado por la representación de don Antonio C.V., toda vez que no cabe reputar como un abandono injustificado del domicilio conyugal el hecho de que doña A.H. se fuese a casa de sus familiares después de un periodo de quince días de gran tirantez de relaciones entre los cónyuges y de un diálogo final en el que el marido declaró a la mujer que la situación que ocupaba en la casa no era otra que "la que podía tener una mujer que ha logrado romper el vínculo espiritual con el marido, en espera de que interviniera la justicia para la separación o el divorcio", mediando además la circunstancia de haber podido la actora el depósito judicial con un simple intervalo de cuarenta y ocho horas, sin que conste que en el transcurso del mismo lo hiciera el marido requerimiento alguno para que se reintegrara al hogar matrimonial".

(503) "... Que en el caso de autos la Audiencia Provincial de Alicante no obstante apreciar rectamente, conforme acredita la revisión de la prueba presentada por el actor, que la esposa del mismo doña E.L., sin conocimiento de su marido se ausentó el día 29 de junio de 1932 del domicilio conyugal, sito en Alicante, llevándose consigo al hijo de corta edad del matrimonio y que en otra ocasión anterior y en las mismas condiciones había realizado ya un acto igual, permaneciendo separada de su marido y ausente del domicilio conyugal durante más de un año, como del mismo modo afirma la sentencia impugnada, no hizo en ella el Tribunal "a quo" la debida aplicación de la causa octava del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 a los referidos hechos que da por probados, cuando es notorio que ellos sin duda alguna patentizan que doña E.L. faltó abiertamente en las dos ocasiones acreditadas en los autos a los deberes de vida común en la misma residencia y domicilio del marido, de mutuo socorro y de obediencia a su esposo que a la mujer casada imponen los artículos 56 a 58 del Código civil, ya que ningún motivo imputable al demandante que justificase el apartamiento de la demandada del lado de su cónyuge, se adujo por ella en la litis, en la que ni siquiera llegó a comparecer; y como ello demuestra la incidencia del fallo impugnado en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio que el recurrente invoca en su recurso se impone la estimación del mismo declarándose haber lugar al divorcio pretendido con arreglo a la causa 8ª del artículo 3º de la Ley que alegó don I. de la C. en la demanda y culpable de él a la demandada a la que por ministerio de la Ley se imponen las costas del pleito": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 232-; "... Que, examinada en conjunto la prueba practicada, y singularmente la testifical, resulta acreditado que, don E.D'O. desde hace años vive alejado de su mujer legítima y permanece la mayor parte del año en París, donde frecuenta la amistad y el trato íntimo y reservado de otra mujer, dándose el caso de que en alguna ocasión a su regreso del extranjero fue a hospedarse a un hotel, y en la carta fechada en París en Julio de 1932 proponía a su mujer vivir sólo dos meses del año en la misma casa, y esa ausencia, con el plan de alargarlas propuesto por el señor D'O., no sólo constituyen evidente infracción del deber de vivir juntos que el artículo 56 del Código civil impone a los cónyuges, ya que no resulta que la mujer se negara a acompañarle, como hasta hace pocos años lo verificaba, sino que demuestran claramente el desvío marital, la ruptura de la convivencia espiritual, mucho más sensible para la esposa que la abstención voluntaria del otorgamiento del débito conyugal, primero de los deberes que impone el matrimonio: por todo lo cual resulta justificada la concurrencia de la causa octava de divorcio en su primer motivo y demostrado que la Sala no ha incurrido en injusticia notoria, procediendo la desestimación del recurso, con costas al que lo interpuso como litigante vencido": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia, Aranzadi, 754-.

(504) En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1265- se desestima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandado contra la sentencia del Tribunal de instancia que deniega el divorcio de los cónyuges por no apreciar en contra de la esposa demandante la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por aquél como fundamento de su demanda reconventional, por violación de la misma del deber de vivir juntos los cónyuges, porque de la prueba practicada por el recurrente lo único que se deduce es que la mujer no ha tenido interés en reanudar la vida conyugal, siendo así que ésta afirma en su demanda que está dispuesta a ello si el marido lo desea, en cuyo caso desistiría de su demanda:

"... Que en cuanto a la violación de deberes de la causa octava sólo se concreta la del deber de vivir juntos que no puede estimarse en este caso, tanto porque no se deduce de la declaración de los tres testigos del recurrente a que éste se refiere en su recurso, ya que se limitan a manifestar que la mujer no ha tenido interés en reanudar la vida conyugal, como porque la propia mujer, afirma "que está dispuesta a reanudar la vida conyugal, y si el marido está dispuesto a lo mismo, no tiene inconveniente en desistir de su demanda".

(505) De ahí la incompatibilidad existente entre la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, referida a la violación del deber de vivir juntos los cónyuges que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges, y la duodécima de separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, por cuanto el libre consentimiento de los esposos a fin de cesar en la comunidad material y espiritual de la vida resulta incompatible con la pretensión de cualquiera de ellos de solicitar el divorcio o la separación por violación de deberes conyugales, basada tal violación en el abandono por parte del otro cónyuge del domicilio conyugal, y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2311-:

"... Que aun partiendo hipotéticamente de la viabilidad del recurso y entrando a examinar la prueba practicada, tampoco podría accederse a las peticiones del actor, porque si, como antes se dijo, se dan todos los requisitos, a los efectos de que la causa duodécima sea estimada es porque existe el libre consentimiento de los esposos a fin de cesar en la comunidad material y espiritual de la vida, como lo demuestra respecto de la mujer el hecho del abandono del domicilio conyugal por motivos no comprobados suficientemente, sin intento de reintegrarse al mismo, y en cuanto al marido, por la circunstancia de haber aceptado la situación de realidad así creada, pasando a su mujer una pensión alimenticia sin realizar acto alguno, ni privado ni judicial, con el propósito de rehacer el hogar común y la vida familiar, y si la concurrencia de estos hechos es evidente, resulta contradictoria conducta hoy en el actor pretender el divorcio por violación de deberes conyugales, basada tal violación en el abandono por parte de su esposa del domicilio común, cuando él lo ha tolerado y consentido, creando con sus actos propios un estado de hecho que la ley ampara y respeta".

(506) De ahí la incompatibilidad existente entre la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, referida a la violación del deber de vivir juntos los cónyuges, y la tercera del artículo 36 de separación de personas y bienes sin disolución del vínculo cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

(507) Cfr. la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1933, 19 de Junio de 1935 y 18 de Abril de 1936 en NOTIAS 501 y 502 de la tesis.

Cfr. igualmente el criterio interpretativo de valoración de las respectivas culpabilidades de los cónyuges en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-.

(508) "... Que el presente recurso de revisión se funda en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o sea en la injusticia notoria de la sentencia recurrida y ello por dos motivos; uno por haber estimado la existencia de la causa 8ª en su primer extremo de los dos que comprende y que fueron alegados por el marido en su reconvención, esto es, la violación de un deber matrimonial, motivo que en el recurso se califica de error de derecho por aplicación indebida de aquella causa...: Que en cuanto al primer motivo, la injusticia notoria que en él se alega y tal como la ha definido esta Sala debe aceptarse, porque los deberes matrimoniales a que se refiere la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, son los comprendidos en el artículo 56 y 57 del Código civil, y aunque la sentencia recurrida no precisa qué deber es el violado por la mujer para decretar el divorcio solicitado por el marido en su reconvención, ni invoca aquellos preceptos, de su redacción procede deducir que el deber que la Audiencia admite violado por la mujer, es el de vivir juntos los cónyuges, haciendo derivar tal violación

del hecho de que la mujer el 5 de enero de 1933 "se trasladó a distinto domicilio del cónyuge" hecho insuficiente por sí solo para originar una causa de divorcio, y menos en el presente caso, en el que según el propio marido la marcha de la mujer fue a consecuencia de un altercado con él; en el que sobre tal extremo declararon a su instancia tres testigos, de los que dos -don Daniel S. y doña Ramira R. -manifiestan que la mujer y la criada se encerraron en una habitación huyendo de la actitud violenta del esposo, saliendo aprovechando un descuido de éste, limitándose la otra testigo -María S.- a confirmar que doña P. abandonó el domicilio conyugal, y cuando aun admitiendo que este abandono fuese sólo voluntario sino hasta imputable a la mujer, no podía ser de peor condición que el de la causa 5ª que requiere un año de duración y como en el presente caso el traslado o marcha de la mujer del domicilio conyugal tuvo el 5 de enero de 1933 y la demanda de separación la formuló ésta el 30 de marzo de igual año, no es posible por razón alguna legal ni probatoria estimar en contra de la mujer, violación de deber matrimonial alguno y al hacerlo y fundar en tal causa la declaración de divorcio, incurre la sentencia recurrida en la injusticia notoria invocada en este primer motivo": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 208-.

(509) "... Que no puede constituir violación de deberes impuestos por el matrimonio a los efectos de la causa octava de divorcio la separación de doña C.M. de su marido don E.E. porque al partir del acuerdo de depósito judicial de 22 de julio de 1929 fue debida al ejercicio de un derecho regulado por las disposiciones sustantivas y adjetivas referentes al depósito de persona como trámite previo a la demanda de divorcio, y el que usa de su derecho a nadie perjudica; y los escasos días que mediaron entre la salida del domicilio conyugal y el depósito, bien pueden explicarse por la necesidad de preparar y presentar el recurso, formando parte integrante de aquel derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 350-.

(510) "... Que así planteado el problema jurídico a resolver en este recurso extraordinario, es forzoso reconocer que la Sala sentenciadora, y recoger como base y fundamento del fallo condenatorio de la recurrente, el hecho indiscutible de que ésta no accediese en 5 de agosto de 1930 al requerimiento notarial que le hizo su esposo para que se reintegrara al domicilio conyugal, omitiendo en absoluto el hecho, también indudable, documentalmente probado, de que la señora P. se encontraba judicialmente depositada desde el 23 de octubre de 1929, tramitándose a su instancia procedimiento de divorcio ante los Tribunales eclesiásticos, prescindió, incidiendo por ello en injusticia notoria, de la situación de derecho en que se encontraba la expresada señora, que la desligaba de la forzosa convivencia con su marido, deber únicamente exigible en los estados o situaciones normales del matrimonio, debiendo, en su consecuencia ser revisado el fallo recurrido, en el extremo o particular en que estimando en contra de la actora la causa octava del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, la declara cónyuge culpable del divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 687-: "... No se prueba que la mujer abandonase el domicilio conyugal desamparando económicamente a su familia sino que salió de él en virtud de haber sido depositada judicialmente en 27 de Junio de 1928 para entablar, como lo hizo demanda de divorcio canónico, sin que haya vuelto a reintegrarse al mismo, por lo cual aunque marchara a Francia sin permiso del marido, ello no puede constituir violación del deber de convivencia que se hallaba roto, primero por el depósito de su persona y después por sentencia firme del Tribunal Eclesiástico que decretó el divorcio por culpa del marido quoad thorum et habitationem por tiempo indefinido, con fecha 23 de Junio de 1930, y por tanto con eficacia para surtir sus efectos cuando el suceso tuvo lugar": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1411-.

(511) "... Que si como tiene declarado esta Sala reiteradamente, la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio consiste en una evidente equivocación en la aplicación de los preceptos de la indicada Ley o en una manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo, no puede menos de estimarse el presente recurso fundado en aquella causa;... segundo, porque la Audiencia declaró en su Considerando tercero para aceptar aquella causa octava, la violación por la mujer del deber de convivencia y socorro

mutuo, deduciéndolo de la persistencia de la esposa de permanecer fuera del domicilio del marido después de cesados en 1921 los efectos de su depósito judicial por desestimación de la demanda de divorcio ante los Tribunales eclesiásticos y de la diligencia del marido en traerla a su lado, según manifestación y confesión de una y otra parte corroboradas por la expedición de pasaportes militares, cuando de la prueba practicada en autos aparece plenamente acreditado que si bien en sentencia de 7 de noviembre de 1921 -folio 185- se declara por el Tribunal Supremo de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España, no haber lugar al divorcio solicitado por doña D.A., ésta en su confesión judicial, afirma contestando a las posiciones tercera y quinta -folio 167- que si no se ha reintegrado al domicilio de su esposo es porque éste jamás la requirió para ello; que si bien el marido asegura repetidamente que tiene presentados al Juzgado trece escritos con la súplica de que se tomaran las medidas conducentes a conseguir que ella volviera al lado de él y que además y con igual fin requirió notarialmente a su mujer y hasta acudió a la Dirección General de Seguridad, lo cierto es que de toda esta actuación del marido tan fácil de comprobar, no hay en el pleito huella ni detalle alguno, ni siquiera formuló el marido prueba sobre su realidad y que los dos pasaportes militares del folio 115 son documentos que nada prueban en cuanto a las relaciones conyugales, ni aparece en ellos firmas ni intervención alguna de la mujer, por todo lo cual la Audiencia incurre en un evidente error legal al estimar aquella causa octava y en una patente contradicción al apreciar la prueba sobre la misma practicada": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 79-.

Sobre los depósitos de las personas, cfr. Libro III, Título IV, artículos 1880-1918 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según su redacción originaria, tema que, aparte de lo ya estudiado en el análisis de la causa quinta del artículo 3º de la Ley de Divorcio, se ampliará cuando nos ocupemos de la causa duodécima del artículo 3º de la citada Ley.

(512) "... Que igualmente procede desestimar la injusticia notoria, porque según tiene declarado esta Sala, tal causa presupone y exige una injusticia manifiesta, clara y patente en el fallo de la sentencia, ya en la apreciación de la prueba sobre los hechos o causas del divorcio solicitado, ya en la aplicación del derecho que lo regula y en este sentido la sentencia recurrida no es notoriamente injusta, porque recogiendo y analizando en sus Considerandos toda la prueba practicada, deduce lógica y legalmente que no existe la causa séptima del artículo 3º -injurias graves-, en que el divorcio se fundó, pero sí la causa octava, también alegada, porque apreciando principalmente la conducta del marido desde que su esposa ingresó en el Manicomio, estima la existencia de una transgresión o violación evidente de los deberes que los artículos 56 y 57 del Código civil imponen a los cónyuges, deberes de mutuo socorro y protección del marido a la mujer, los más capitales del matrimonio, sin que en tal estimación incurra la Audiencia en una notoria e indudable injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1416-.

(513) "... Que la sentencia impugnada decreta también el divorcio interesado en la demanda por la causa octava del artículo 3º de la ley y tanto porque el señor Escoda no impugnó determinadamente en su recurso al amparo del número 3º del artículo 57 de la misma esta declaración del fallo, como porque la revisión de la prueba que se practicó relacionada con dicho particular convence de que a partir de mediados del año 1930 don J.E. se desentendió por completo de su esposa e hijos, dejando de prestar a una y otros las naturales asistencias materiales y morales que el esposo padre de familia impone la celebración del matrimonio, faltando de un modo manifiesto al cumplimiento de las obligaciones legales y a la satisfacción de los deberes que el estado conyugal y una elemental ética exigen, es indudable que la sentencia combatida no incide en injusticia notoria al apreciar en el fallo la causa octava el artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932 y que no hubiera podido prosperar el recurso de revisión interpuesto por el señor E. en cuanto a este motivo": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1237-.

(514) "... Que aun siendo cierta la observación del recurrente de que no pueden implicar desavenencias matrimoniales ni infracción de deberes los actos que no son personales de los cónyuges, se ha de reconocer en el presente caso, que la perturbación indudable que existió en las relaciones de los cónyuges litigantes, aunque remotamente pudiera tener su origen en el proceder

irregular de la madre del marido, de una manera más próxima nació de la conducta del marido mismo, al ponerse al lado de su madre, como con frase gráfica dice la sentencia, y al consentir que aquella se erigiese en dueña soberana de la casa en que se fijó el domicilio conyugal y realizase actos tales como el de destinar la habitación a industria de hospedaje y el más grave de despedir de su casa a la actora; todo lo que evidencia que el marido, tolerando este estado de cosas, vulneró deberes matrimoniales tan esenciales y que tan claramente se desprenden de los artículos 56 y 57 del Código civil, como el de proteger a su mujer y el de facilitarle un domicilio en que pudiera vivir con plena dignidad de esposa y con relativa independencia que correspondía a la posición social de la familia": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 59-; "... Y en cuanto a la causa octava, única que la Audiencia recoge de las citadas por la mujer en su reconvencción, la deduce y estima probada por el análisis en conjunto de las pruebas practicadas por ambos cónyuges, por los hechos evidentes y reconocidos en todo el pleito, de que el matrimonio fue feliz en sus primeros diez años de vida conyugal hasta la llegada de la Habana de la medio hermana de él, que la incorporación de ésta al hogar conyugal lo convirtió -según se consigna en el propio recurso- en un "hogar de lucha con procedimientos de mutua retorsión por parte de ambos cónyuges, en el marido por sostener a su hermana en el hogar y atraerla después, una vez de que por imperativo de la esposa, se vió obligada a vivir aquélla separadamente, y por la mujer para obligar a la medio hermana a salir y alejarse del matrimonio", por la contumacia del esposo de preferir su medio hermana a su mujer en el afán, no del todo infundado, que ésta tenía de que aquélla se ausentara del domicilio originando aquél con su parcialidad y cariño excesivo a su medio hermana, los altercados y disputas violentas del matrimonio, la desafección marital, la marcha de la esposa y una profunda perturbación en las relaciones matrimoniales que hacen imposible para ésta la continuación de la vida en común por el incumplimiento y violación en el marido del esencial deber de protección y amparo a la mujer, que el Código civil le impone siempre y especialmente dentro del hogar conyugal, máxime cuando en el pleito no hay más que testimonios de honradez y moralidad a favor de la mujer, incluso de los hermanos del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 82-.

(515) "... Y aunque el recurrente señor M. pretende demostrar en el recurso... que concurren en contra de su esposa las causas... y octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, la imparcial y detenida revisión de las pruebas realizadas en el pleito acredita en oposición al criterio del recurrente..., el racional criterio con que de igual modo ponderó aquéllas para estimar improbadamente la causa octava puesto que las probanzas ofrecidas acreditan el constante reconocimiento de la autoridad marital por doña C.N., acompañando en sus viajes a su marido y prestándose sumisa y obediente al reconocimiento, operaciones y tratamiento médico prescritos, en obsequio al afecto y respeto guardados a su esposo y en méritos también del buen nombre y reputación social del mismo, todo lo cual impone la desestimación del recurso entablado por don P.M.": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 272-.

(516) El deber de los cónyuges a la prestación del débito conyugal no es sino una especificación del deber de mutuo socorro que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges.

(517) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1120-.

(518) "... Que la sentencia impugnada estima de acuerdo con la prueba pericial practicada y por la conformidad de ambas partes, que, no obstante haber transcurrido cerca de cuatro años desde que el 13 de agosto de 1928 contrajeron en Sevilla don José María de dios Z. y doña Vicenta M.S. hasta que esta señora presentó en 17 de junio de 1932 ante el Juzgado correspondiente demanda de divorcio contra su esposo y a pesar de que en los siete meses subsiguientes a la celebración del vínculo hicieron los esposos vida en común, no había llegado a consumarse el matrimonio violando así al marido el primero y primordial deber que el matrimonio impone al varón, y como para justificar su conducta y la anómala y extraordinaria realidad antes citada adujo el marido en su contestación a la demanda que desde el mismo día del casamiento se había negado su esposa a cohabitar con él porque le repugnaba la vida matrimonial, cuando



es obvio que no podía aún conocerla, pero no reconvino en el juicio para intentar conseguir que resplandeciese en los autos la certeza de la imputación que a su esposa hacía, único medio de demostrar que la demanda contra él formulada, de cuyo contenido brotaba la culpa por omisión de aquel a quien por exigencia de la razón y de la ley debe corresponder desde los comienzos de la vida conyugal la iniciativa dentro de ella de todas las actividades, era imprudente, y en su consecuencia en el recurso que la sentencia dictada por la Audiencia de Sevilla por él combatida era notoriamente injusta; mas como en ella y sobre la base del referido hecho insólito reconocido por el demandado, apreciando el Tribunal sentenciador las pruebas practicadas con arreglo a un racional criterio, según se deduce del examen de las mismas, entendió que no podía estimar en exculpación del marido la manifestación antes indicada que atribuyó a que su esposa para justificar en aquél una conducta que envuelve un agravio intolerable para la mujer cual es el incumplimiento por el varón del primero y principal de sus deberes matrimoniales, procede desestimar con las costas el recurso propuesto por don José María de Dios Z. puesto que el fallo impugnado no está comprendido en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932 que invocó el recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1553-; "... en cuanto al que formalizó doña C.N. por no haber apreciado, respecto de su marido, la Audiencia de Málaga la causa octava del artículo 39 de la Ley, que al ser demandada por él alegó reconviniendo, observáse que la fundó en que don P.M. había venido incumpliendo durante cinco años el deber que le incumbía desde que el 17 de abril de 1927 contrajeron matrimonio de consumir el ayuntamiento carnal con su esposa como único medio posible de procurar la reproducción de la especie que constituye uno de los fines esenciales del connubio; y revisada la prueba que se practicó en los autos acerca de tan importante extremo, su apreciación conforme a un lógico y racional criterio conduce a la demostración cumplida de ser exacta la violación por don P.M. de aquel primordial deber que el matrimonio impone al marido ya que a él corresponde la iniciativa en las relaciones de orden natural que han de existir entre los cónyuges desde el instante mismo en que el casamiento se verifica, puesto que, no obstante consignarse en la certificación obrante en los autos al folio 25 que la sentencia aprecia, que la operación sufrida en 1923 por don P.M. no había modificado en nada la función genital del operado, que podía verificarse normalmente, está a todas luces acreditado en la litis que su esposa solicita guardadora de la fidelidad conyugal, conservaba la virginidad a los cinco años casi de celebrado el matrimonio cual lo acredita el hecho de que, de acuerdo con el dictamen de un médico y con la aquiescencia de ambos cónyuges, otro facultativo, sometió a la esposa a cierta intervención quirúrgica y determinadas dilataciones en días ulteriores, sin que encontrase en los órganos así tratados anomalía alguna anatómica ni funcional; y como frente a lo firmado por doña C.N. de que aún después de ser así operada no consiguió alcanzar su esposo la realidad perseguida, sólo opuso en su confesión don P.M. una venial afirmación en contrario cuya exactitud viene además a esfumar las inverosímiles e indignas manifestaciones que al absolver otras posiciones atribuye a su esposa, es indudable que si cuanto antecede demuestra que por causas solamente imputables al señor M., desde que celebró su matrimonio el 17 de abril de 1927, con doña C.N., hasta que esta señora en 4 de enero de 1933 contestó la demanda de divorcio entablada por su marido no había cumplido el deber de prestar a su cónyuge el débito a que la esposa tenía derecho, al no haberlo estimado así la Audiencia de Málaga por el resultado que ofrece la apreciación de las probanzas aportadas conforme a los citados de la sana crítica, para aplicar después a la indicada situación de hecho el precepto legal contenido en la causa octava del artículo 39 de la Ley de 2 de marzo de 1932, incurrió su fallo en la causa de revisión 3ª de su artículo 57 y debe prosperar el recurso interpuesto por doña C.N., dándose lugar en su virtud a la reconvención por ella formulada": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 272-; "... Que al reconocerse como hecho probado en la sentencia que el actor incumplió uno de los fundamentales deberes del matrimonio ante el hecho acreditado por el dictamen de varios peritos que unánimemente afirman que la demandada al cabo de varios años del matrimonio "está anatómicamente virgen y no ha conocido varón", lo mismo si se atribuye esa falta de cumplimiento del deber matrimonial a un acto de la voluntad del marido sin causa que justifique ese modo de proceder, a base de sus propias manifestaciones de que se halla en plena normalidad para el ejercicio de esta función fisiológica, que si se acepta el dictamen de los peritos que sostiene que padece un fimosis de carácter no grave, aunque no dificulta

el acto funcional del coito, no lo impide en absoluto, siempre habrá de serle imputable culpa por incumplimiento de ese deber conyugal; en el primer supuesto, huelga toda consideración demostrativa de su procedencia por ser de claridad meridiana; y en el segundo porque descartada la imposibilidad y admitida solamente esa dificultad como consecuencia del fimosis, pudo y debió el paciente poner los medios adecuados para hacerla desaparecer en vez de prolongar indefinidamente la situación análoga en que tenía a su esposa, en relación con los fines fundamentales del matrimonio; y al no hacer nada en tal sentido se debe reconocer que la apreciación de la causa de que se trata lleva aneja la declaración de culpabilidad contra el cónyuge que dió motivo para que sea apreciada": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1138-.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1689-, se desestima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso la esposa demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que denegó el divorcio de los cónyuges por la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por aquélla como fundamento de su demanda por incumplimiento por parte del marido del deber de consumar el matrimonio, porque si bien al cabo del primer mes de vida conyugal la esposa conservaba aún su virginidad, habiendo los esposos convivido durante nueve meses hasta que cada cual se fue a vivir por su lado, se silencia en la demanda el hecho de si transcurrido aquel primer periodo de tiempo y hasta que tuvo lugar la ruptura de la convivencia conyugal tuvieron o no los esposos acceso carnal, no habiéndose propuesto prueba sobre el particular:

"... Que aunque en la reconvención insinuó el demandado que el incumplimiento por su parte del deber referente al primer mes de su vida conyugal con doña Rosario M., al cabo del cual aun conservaba la demandante la virginidad, era imputable a dicha señora, que no haber establecido en la demanda el hecho de si transcurrido aquel lapso tuvieron o no acceso carnal los esposos durante los nueve meses que vivieron juntos hasta que cada cual se fue a vivir por su lado, ni haberse propuesto prueba en relación con este particular la Sala sentenciadora estimó improbadamente en su consecuencia la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio y no siendo posible la revisión por este Tribunal de unas probanzas no practicadas en los autos, debe desestimarse el recurso por lo que atañe a la referida causa legal".

A su vez, en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 724- se declara que la imputación hecha por el marido a su esposa por su negativa a prestar el débito conyugal a que tenía derecho queda desvirtuada por la existencia de varios hijos del matrimonio:

"... En cuanto al recurso formalizado por la negativa del débito matrimonial, expuesta por el marido en apoyo de la causa octava, queda desvirtuada por la existencia de varios hijos del matrimonio, y por el reconocimiento que se hace en la sentencia de los malos tratamientos inferidos a la mujer por el marido".

7.9.4. "La conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común":

7.9.4.1. Delimitación de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Según vino a declarar la doctrina del Tribunal Supremo, tratándose de la aplicación de un concepto de tan gran elasticidad y que se presta, en muchos casos, a tan gran diversidad de criterios, como el de la conducta inmoral o deshonrosa a que se refiere la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos

Primero: Que aparezcan hechos probados suficientes para tener por acreditada la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges.

Segundo: Que la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges sea causante de perturbación en las relaciones matrimoniales hasta el extremo de hacer insoportable para el otro cónyuge la vida en común, circunstancia ésta muy relativa y ligada a las particularidades de cada caso (519), y que por consiguiente presupone una delicada matización psicológica de la idiosincracia y educación de cada uno de los cónyuges y del ambiente moral que rodea su vida familiar (520).

Según la interpretación jurisprudencial de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número octavo del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su segundo extremo de los dos que contiene, constituye una interpretación errónea del contenido del mismo la tesis que refiere este supuesto de la conducta inmoral o deshonrosa a aquellos actos externos y público en que aquélla consista, no a los privados, tales como los acaecidos en la cámara nupcial, pues esa duplicidad de conceptos de

que el legislador se vale, al aludir a lo inmoral y a lo deshonoroso, demuestra el propósito de abarcar y sancionar civilmente los distintos matices de la conducta reprobable de uno de los cónyuges (521) cuando sea causante de perturbación tal en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común, bastante a originar la existencia de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio (522).

7.9.4.2. Actos atentatorios a la fidelidad conyugal que sin llegar a la demostración del ayuntamiento carnal entrañan una conducta inmoral y deshonrosa perturbadora de las relaciones matrimoniales que hacen insoportable la vida común:

Uno de los deberes matrimoniales, de rigurosa observancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 56 del Código civil, y cuya violación puede estar comprendida en el ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es el deber de fidelidad conyugal que el matrimonio impone de consumo a los cónyuges (523).

La obligación a guardarse fidelidad se impone legal y moralmente y como primordial deber a los cónyuges, subsiste el matrimonio (524), y es claro que quien sostiene relaciones íntimas con quien no es su cónyuge comete el más grave atentado contra el deber de fidelidad conyugal, demostrando una conducta inmoral y deshonrosa perturbadora de las relaciones matrimoniales que hacen insoportable la vida común (525).

De acuerdo con el sentido de la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede sostenerse la tesis conforme a la cual, entre los deberes matrimoniales a cuya violación se refiere la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su primer extremo de los dos que comprende, no puede incluirse la infidelidad conyugal porque ella está comprendida en la causa de adulterio, primera del artículo 3º de la citada Ley de Divorcio, ya que ambas causas de divorcio o separación tienen una

objetividad perfectamente definida e independiente pues mientras que el adulterio se caracteriza por la existencia de relaciones sexuales fuera del matrimonio de hombre con mujer, casado alguno de ellos, y supone el más grave atentado contra el deber de fidelidad conyugal que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges -y su comisión incide de lleno en el ámbito de una y otra causa de divorcio o separación-, siendo constante el sentido de la doctrina jurisprudencial que exige, para su debida apreciación, si no una prueba directa e inmediata del ayuntamiento carnal, pues dicha causa por su misma naturaleza excluye casi la prueba directa dado que de ordinario se comete la acción que la constituye secretamente, bastando, ya que no una prueba concluyente, difícil en la mayoría de los casos, presunciones violentas, indicios vehementes de los que racionalmente pueda deducirse con toda claridad el quebrantamiento de la fe conyugal, la causa octava puede existir, y de hecho existe, sin necesidad de que se demuestre la realización de aquel acto carnal, si algún cónyuge, bien por la violación de deberes de los que el matrimonio impone, o por observar una conducta inmoral o deshonorosa, produce tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común (526), siendo doctrina reiterada del Tribunal Supremo la de que pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal constitutiva de adulterio, pueden entrañar conducta inmoral y deshonorosa perturbadora de las relaciones matrimoniales que haga insoportable la vida común, y en este caso aquellos actos entran de lleno en la causa octava (527), sin que exista contradicción alguna en la sentencia que desestimando la causa primera por no ser la prueba aportada a los autos lo suficientemente precisa para llevar al convencimiento del juzgador la certeza de adulterio por no desprenderse de la misma, ya que no pruebas concluyentes, presunciones violentas, indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal, dé por plenamente demostrada la realidad de la causa octava conforme a la interpretación expuesta (528).

7.9.4.3. El estado de embriaguez habitual como conducta inmoral o deshonrosa que puede producir tal perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común (529):

Conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe decir respecto al estado de embriaguez habitual:

a) Que la embriaguez, aun siendo habitual, no es por sí sólo, juzgada de un modo abstracto, generadora de causa de divorcio o separación, ya que si el legislador hubiera querido darle ese alcance figuraría comprendida entre las que enumera el artículo 3º de la Ley de Divorcio.

b) Que si, como consecuencia del estado de embriaguez con carácter de habitualidad, el que se halla bajo sus efectos realiza actos de escándalo o de vejación para su cónyuge que ocasionen tal perturbación en las relaciones matrimoniales que le hagan insoportable la vida en común, entonces ese vicio se debe considerar comprendido en el ámbito de aplicación de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio (530); y, por consiguiente, si al estado de embriaguez, aun siendo habitual no sigue la secuela de escándalos y desórdenes domésticos que ocasionen tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común, entonces ese vicio no se debe considerar comprendido en el ámbito de aplicación de esta causa de divorcio o separación (531).

c) En nuestra opinión, dentro del ámbito de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio debe de incluirse no sólo el vicio del alcoholismo habitual, sino también cualquier otro tipo de toxicomanía habitual si, a consecuencia de ese estado, se realizan actos de escándalo o de vejación para el otro cónyuge que ocasionen tal perturbación en las relaciones matrimoniales que le hagan insoportable la vida en común.

---

(519) "... Que el motivo tercero y último agita también la causa de revisión del número 3º

del artículo 57, fundándola en no estar probados los hechos que se recogen en el oportuno Considerando de la sentencia recurrida y en no acusar tales hechos, aunque fuesen ciertos, una verdadera conducta inmoral; pero en realidad se limita el recurrente a analizar desarticuladamente los elementos probatorios que, combinados, contribuyeron a formar el criterio del Tribunal Sentenciador y a intentar poner en entredicho la importancia y gravedad de cada uno de los hechos recogidos en esas probanzas, lo cual es inoperante para los fines de la revisión, ya que no debe olvidarse: Primero: Que según jurisprudencia constante de injusticia notoria no puede fundarse en una diferencia de criterio entre el recurrente y el juzgador, puesto que es preciso demostrar la flagrante contradicción que exista entre las resultancias del proceso y la resolución recaída; Segundo: Que aun cuando los hechos en que consista la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, a que se refiere la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, requieren una prueba cumplida, no hay tasa en cuanto a los medios que hayan de entrar en juego para formar la convicción del juez, ni cabe limitar el reconocimiento de dicha causa a aquellos casos en que la conducta del cónyuge revista verdadera gravedad social (acreditada por documentos oficiales como certificaciones de conducta de la Alcaldía, condenas penales, etc.), pues lo que matiza la conducta inmoral, como causa legal de divorcio, es, mas que la entidad y clase de los actos en que aquélla consista, la circunstancia muy relativa y ligada a las particularidades de cada caso, de que esa conducta produzca perturbaciones en las relaciones matrimoniales de tal naturaleza que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida y así puede ocurrir, como ya reconoció esta Sala Primera en su sentencia de 12 de diciembre último, que actos que por sí solos no serían causa generadora del divorcio, pueden llegar a estar comprendidos en la causa octava, si a consecuencia de ellos se producen situaciones vejatorias para el otro esposo": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 629-.

(520) "... Que, en el caso de autos, desestimada la demanda por el Tribunal "a quo", en razón a no haberse probado la concurrencia de las causas de divorcio invocadas por las partes, o sea, las de los números 4º, 7º y 8º del artículo 3º de la ley citada, se limita la actora y recurrente a contraponer su criterio particular al del fallo recurrido, haciendo especial hincapié en el resultado de la prueba testifical, que a su juicio comprueba plenamente la mala conducta del demandado; teniendo en cuenta la calidad de las personas que adhirieron hechos tales, como el de haber sido despedido aquél de la agencia ejecutiva donde prestaba sus servicios y en la que sólo fue readmitido con determinadas limitaciones: Que tales alegaciones no bastan para enervar el juicio de la Sala, máxime si se tiene presente que la conducta inmoral y deshonrosa a que se refiere el aludido número octavo del artículo 3º, ha de ser causante de perturbación en las relaciones matrimoniales hasta el extremo de hacer insoportable para el otro cónyuge la vida en común, y por consiguiente presupone, para su debida apreciación y estimación, una delicada matización psicológica de la idiosincrasia y educación de cada uno de los cónyuges y del ambiente moral que rodea su vida familiar, que ha de ser resultado del examen de conjunto de las pruebas, y que, en el caso actual, no consta fuera hecha por el sentenciador con asomo alguno de equivocación o injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1509-.

(521) "... Que la Sala sentenciadora estima plenamente justificado por la prueba testifical aportada a los autos la conducta inmoral del esposo manifestada por actos que no por su carácter de íntimos y poco públicos, dejaban de acusar un desquiciamiento de la moral sexual de aquél. y dada esta premisa de hecho, es inaceptable el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que basa la impugnación del fallo en esta doble alegación: primera, que los hechos acaecidos en la cámara nupcial no son nunca susceptibles de prueba, y segunda, que los hechos que al marido se imputan, dada la finalidad que se deduce del relato de los mismos en la demanda, no puede decirse que representan una conducta inmoral o deshonrosa; lo que no logra evidenciar la injusticia notoria del fallo que se recurre, pues en vez de partir, para la demostración de ella, de claros preceptos de la Ley y de la inequívoca resultancia del proceso, se funda en una doctrina jurídica, inadmisibles por su excesiva generalidad que no autoriza texto legal alguno, y en una sutil interpretación psicológico-moral de los hechos recogidos en los autos; que no puede enervar tratándose de la aplicación de un concepto de tan gran elasticidad y

que se presta, en muchos casos, a tan gran diversidad de criterios, como el de la conducta inmoral a que se refiere la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, el criterio que la Sala con una apreciación de las pruebas que es función peculiar suya, haya formado: Que no es más viable el recurso formulado a nombre del marido demandado, que se basa en fundamentos sustancialmente iguales a los del anterior recurso, y sobre todo en el supuesto de que la Ley al hablar de conducta inmoral o deshonorosa, se refiere a actos externos y públicos, no a los privados, doctrina que es francamente inaceptable pues precisamente esa duplicidad de conceptos de que el legislador se vale, al aludir a lo inmoral y a lo deshonoroso demuestra el propósito de abarcar y sancionar civilmente los distintos matices de la conducta reproachable": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 460-.

(522) "... En cuanto a la tercera cuestión que, según tiene declarado este Tribunal Supremo, la injusticia notoria a que se refiere la causa 3ª del artículo 57 ha de ser palmaria, evidente y de notoria infracción de las reglas de la lógica en la apreciación de las pruebas o de la calificación racional o jurídica que los hechos probados merezcan, y es patente que las anteriores infracciones no concurren en la sentencia recurrida, ya que el Tribunal "a quo", ponderando la prueba practicada y examinando los autos, afirma que la conducta inmoral del demandante, y como consecuencia de tan irregular comportamiento, las vejaciones y menosprecio, que de modo manifiesto hicieren la dignidad de la persona de la demandada, como madre y como esposa, son bastantes para estimar el caso comprendido en la causa octava del artículo 3º de la Ley del Divorcio, y esa afirmación, aunque contraria a las conclusiones del recurrente, que aprecia la prueba de diversa manera, sustituyendo su criterio al de la Sala de instancia, no estima este Tribunal incida en el vicio de injusticia notoria, dados los requisitos que tienen que concurrir para que se produzca, siendo también procedente la declaración de culpabilidad hecha por la resolución recurrida, así como la de costas": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1505-; "... Y teniendo presente además, que aparece del examen de las pruebas, de acuerdo con el hecho por el Tribunal sentenciador, que el demandado trataba mal a su esposa y observaba una conducta irregular con otras mujeres con ofensa para la propia; que inculcaba a sus hijos ideas de persecución contra un tío de éstos, hermano de su madre; que fue penado varias veces a penas menores de diez años y ha realizado otros actos deshonorosos; y que por todo ello al calificar la Audiencia de Gerona tales hechos como incluidos en la causa octava del artículo 3º de la citada ley, hizo sano uso de la discrecional apreciación que aquélla otorga para la aplicación de dicha causa, y que es patente la perturbación profunda de la relación matrimonial entre las partes de esta litis y suficientemente acusada la conducta inmoral y deshonorosa del demandado para hacer insostenible a su esposa la continuación de la vida común; es visto que procede dejar íntegramente subsistente el fallo recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1544-; "... Incurre, sin embargo, dicho Tribunal en aquella injusticia, al no declarar la existencia de la causa octava del expresado artículo de la ley, también invocada por el actor, por incidir en flagrante y palmario error "de jure" al afirmar, conforme al resultado de prueba copiosa y unánime, los hechos alegados en la demanda, referentes a que la mujer sin permiso ni conocimiento de su esposo abandonó reiteradamente y por largas temporadas el domicilio conyugal, desconociéndose últimamente su paradero, por lo que se decretó su rebeldía y, no obstante dejar de aplicar la mencionada causa, no dando lugar al divorcio que se solicita, por la sola y única razón de que los deberes que pudo violar la demandada están comprendidos y sancionados en otras causas específicas de la misma ley, toda vez que la aseveración de aquellos hechos revela la conducta inmoral y deshonorosa de la mujer, que hace insostenible para el cónyuge agraviado la continuación de la vida en común; procediendo en su consecuencia la estimación del recurso de revisión interpuesto por lo que respecta a la injusticia notoria cometida por la Sala al no aplicar la última relacionada causa y decretar, en méritos de la misma, el divorcio promovido por don R.O. contra su esposa doña B.": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1343-; "... Que la conducta de la esposa, revelada por las declaraciones de los testigos en sistemática exposición de hechos probados que la Sala de instancia admite pero los explica e interpreta con evidente desacierto, es notoriamente



determinante de la causa octava del artículo 38 de la Ley de Divorcio, porque el frecuentar salones de cinematógrafo con una persona del sexo masculino que no era su esposo, admitir por separado en el propio domicilio conyugal cuando estaba sola y en ausencia del marido la prolongada visita de aquél y de otro hombre, con olvido y menosprecio del respeto debido al hogar y consentir ser acompañada de un joven formando ambos sospechosa pareja por lugares apartados y poco transitados, aparte de regresar a su casa en horas desusadas y mantener altercados matrimoniales con trascendencia de publicidad entre los convecinos, son circunstancias de poderoso relieve para calificar de irregular y deshonrosa una vida que debiere estar consagrada a los deberes del matrimonio, con el respeto y la corrección que exige el vínculo, en contemplación a la coexistencia conyugal y a la convivencia social, perturbada la primera en su esencia íntima por hechos tales que indiscutiblemente han producido una situación de insoportable comunidad y desintegrada la segunda a consecuencia del descrédito acarreado por esa reprobable conducta que no permite ni tolera, la moral del ambiente en que se nutren las relaciones conyugales; y es claro que al no reconocerlo así la Sala de instancia ha infringido el citado precepto, dando por ello lugar a que se estime la injusticia palmaria del fallo recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 456-; "... Que el eje fundamental sobre el que gira el pedimento de divorcio por parte de don A.L. al formular su demanda de reconversión, es el referente a la conducta para él deshonrosa observada por su cónyuge al exhibirse frecuentemente en sitios públicos acompañada de su hermana R. separada de su esposo y de un amigo de ésta, hecho realizado a pesar de la prohibición reiterada y expresa del marido, que estimaba afectar a su propio decoro semejante proceder y como la certeza de estas aseveraciones resulta evidentemente probada de autos, la sentencia del Tribunal "a quo" que decreta el divorcio por dicho motivo, bastante por sí sólo, al efecto, no puede incidir en injusticia notoria según se alega, ya que el comportamiento apuntado de la esposa origina sin duda alguna, la existencia de la causa octava del artículo 38 de la Ley de Divorcio, en cuanto denota una manera torpe o poco correcta en el obrar, desde luego afrentosa al marido, por envolver pérdida de buena reputación y fama y que es capaz de producir perturbación en las relaciones matrimoniales, como en efecto las produjo, hasta el extremo de hacer insoportable la vida en común, por la contumacia de la esposa, al contrariar en todo momento la voluntad y los deseos del marido sobre el particular": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2165-; "... Que de una prueba testifical importante y de los documentos aportados al pleito aparece demostrado que el señor Colunga venía a casa con mucha frecuencia en estado de embriaguez, molestaba a su esposa y criadas con frases soeces, se divertía en términos escandalosos con gente de mal vivir, no pagaba las rentas ni los gastos de la familia y vendía hasta los objetos que no pertenecían a su padre político, hechos todos que, por sí solos, y sin necesidad de ir unidos a los requerimientos amorosos formulados a una de las criadas en el mismo domicilio conyugal y al altercado promovido en una tienda de Hervión, acreditan sobradamente la justicia con que ha procedido el Tribunal inferido al declarar la culpabilidad del marido y, en su consecuencia, la falta de fundamento del segundo extremo del recurso de revisión por aquél interpuesto": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 70-; "... Que así mismo procede declarar que comete injusticia notoria al no estimar justificada la causa octava invocada por el marido en su reconversión, porque de la propia confesión de la mujer se deduce la realidad de tal causa, ya que en primer lugar reconoce como de su puño y letra las cartas que el marido acompañó a su escrito, dirigidas por ella a su madre en una de las cuales dice: "Adolfo me ha cogido en una falta muy grave, soy yo la única culpable; él no; me ha visto con otro", y si bien alega en su defensa que las escribió "bajo la amenaza de una fuerza irresistible de su marido y el temor racional y fundado de sufrir un mal en su persona", ni precisa en que consistió la fuerza, ni el lugar y fecha en que se ejerció, ni los tres testigos que sobre tal extremo declaran a su instancia lo saben más que por referencia de la demandante; en segundo término confiesa también que en una ocasión fue vista por su marido despidiéndose afectuosamente de un hombre y el 23 de agosto de 1930 en la calle Borrell, cuando iba del brazo con otro, pues, si bien niega en principio las posiciones 16 y 17 que a tales hechos se contraen, añade a continuación "que era el novio de su hermana aquel individuo", afirmación fácil de acreditar y sobre la que ella no hizo prueba alguna,

silenciando el nombre del novio y el de la hermana a que aludía, aunque al contestar la posición 24 parece que debía llamarse Ramón, por cuya prueba y prescindiendo de la afirmación de los testigos del marido, alguno de los cuales confirma aquellos hechos, debe estimarse acreditada la conducta irregular de la mujer comprendida en la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 740-.

(523) "... Que el mismo acierto acompaña la estimación de la causa 8ª, toda vez que se halla plenamente demostrada la violación por parte del marido, de uno de los deberes que impone el matrimonio por cuanto siendo uno de ellos el de guardarse los cónyuges según dispone el artículo 56 del Código civil, es un hecho controvertido que el demandado sostiene relaciones íntimas con la que de pública notoriedad se la señala como su amante, afirmación que en cierto modo no se rechaza por el marido, puesto que indica motivo de justificación": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 892-.

(524) Cfr. NOTA 316 de la tesis.

(525) "... Que tampoco existe tal injusticia al aceptar la Audiencia la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, porque la funda en el hecho plenamente acreditado, incluso por confesión del marido, que éste ha tenido una hija fuera de su matrimonio, y aún cuando ello sucediera a los 9 años de separados los cónyuges, no importa que legalmente la sentencia lo califique de quebrantamiento o violación del deber de fidelidad conyugal incluyéndolo en aquella causa 8ª, ni con tal apreciación en una manifiesta injusticia, siendo la culpabilidad del marido consecuencia de tal apreciación sin infracción del artículo 9º": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1933 - Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1698-; "... Que no puede estimarse la injusticia notoria en la sentencia recurrida que se alega por el marido en su recurso de revisión, ya que no se da en aquella resolución la evidente equivocación en la aplicación de los preceptos de la Ley de Divorcio, ni la manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo, circunstancias que, según tiene declarado esta Sala, integran aquella injusticia, ya porque al estimar la Audiencia la causa octava del artículo 3º alegada por la mujer, en su reconvencción, por la conducta inmoral y deshonorosa del marido, se atuvo no a la prueba testifical que se analiza en el recurso, sino a la documental, consistente en una certificación del secretario del Ayuntamiento de Alicante, y otra del padrón de cédulas personales de la Diputación Provincial de la misma población, en las que consta que el marido demandante vive en ella hace años con una mujer distinta de la demandada, motivo rectamente incluido en aquella causa, ya que hace insostenible la vida en común de los cónyuges, por la perturbación en las relaciones matrimoniales": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Diciembre de 1933, -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 695-; "... Que según tiene declarado con reiteración este Supremo Tribunal, es un elemento que integra la causa de injusticia notoria a que se refiere el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, el evidente error en la apreciación de la prueba por el Tribunal "a quo" por virtud del cual se desprende una conclusión distinta o contraria a lo que arroje su resultado mediante un examen ponderado con arreglo a las leyes de la sana crítica; y se opone francamente a este criterio el desvalorizar el testimonio de testigos presenciales de hechos que conocieron por habitar en la misma casa donde se desarrollaron sin que deba en modo alguno tener influencia en orden a su estimación que esto ocurriera en luengas tierras, como con palmario error sostiene la Sala sentenciadora, porque si es un hecho alegado y probado por referencia fidedigna de quien lo presencié, que el demandado vivía maritalmente en Montevideo con una mujer de Santiafo de Galicia llamada R., de la cual tenía familia, haciéndose pasar por su marido, lo cual presenciaron dichos testigos por habitar en la misma pensión de hospedaje donde se alojaban también aquellos y esto lo corrobora también otra testigo española que a la sazón se hallaba en Montevideo, aunque por no haberlo presenciado, sino por haberlo oído referir, todo esto unido a la carta que, sin valor de autenticidad, consideraba de un modo aislado lo tiene para llevar al ánimo del juzgador en armonía y en unión con los demás elementos probatorios aportados al pleito un convencimiento de la realidad del hecho que ha de servir de base para la estimación de la causa octava que con verdadero realce se destaca, es indudable que al desconocerlo así la Sala sentenciadora y rechazar esta causa de divorcio incurrió en la causa que se alega como fundamento del recurso que en su consecuencia debe estimarse": Sentencia del Tribunal

Supremo de 15 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1841-.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2077-. Se destaca de modo especial como la violación por uno de los cónyuges del deber de fidelidad que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges entra de lleno en el ámbito de aplicación de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en su primer extremo de los dos que contiene, o sea, la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan soportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común:

"... Que en aplicación de esta doctrina al caso debatido, por el resultado de las pruebas cabe afirmar que la fidelidad que legal y moralmente y como primordial deber, se impone a los cónyuges, sufre grave quebranto en el matrimonio litigante por culpa del esposo, que esta crítica situación trasciende a los hijos, causando evidente malestar en la vida de familia; que trasciende también a las relaciones sociales del matrimonio, las que advierten la situación vejatoria porque atraviesa la esposa agraviada, y en suma a los servidores dentro del hogar para quienes no puede pasar inadvertido el desvío con que se producen los esposos; circunstancias que concluyen todas poniendo de relieve la honda perturbación espiritual que impera en este matrimonio".

(526) "... Que las causas primera y octava del artículo 3º de la Ley del Divorcio tienen una objetividad perfectamente definida e independiente; ya que la primera se caracteriza por la existencia de relaciones sexuales fuera del matrimonio de hombre con mujer, casado alguno de ellos; mientras que la segunda puede existir, y de hecho existe, sin necesidad de que se demuestre la realización de aquel acto carnal, si algún cónyuge, bien por la violación de deberes de los que el matrimonio impone, o por observar una conducta inmoral o deshonorosa, produce tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insostenible para él otro cónyuge la continuación de la vida común; y siendo el fundamento del recurso de que se trata, la contradicción que, a juicio de la parte recurrente, entraña la sentencia recurrida al apreciar que no resulta suficientemente probada la existencia de la causa primera que el marido alega al reconvenir, y en cambio se haya estimado plenamente demostrada la realidad de la causa 8ª, esta supuesta contradicción hasta tener presente lo antes expresado para desvirtuarla; pero aunque así no fuera, tampoco sería estimable el argumento para deducir de su contenido que el Tribunal sentenciador cometió injusticia notoria; porque así apreciando el resultado de la prueba practicada en el pleito, juzgó como lo hizo que se había acreditado debidamente que aparecían elementos de juicio suficientes para dar por demostrada la existencia de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley citada, obró con acierto al declararlo así, sea cual fuere el juicio que formara sobre la estimación o desestimación de la otra causa y, por consiguiente, se impone no dar lugar al recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 597-.

(527) "... Y basta leer el único Considerando de la sentencia limitado a expresar que de la prueba testifical practicada sólo ha quedado justificado que los cónyuges viven separados más de tres años con separación libremente consentida, por lo que es de apreciar la concurrencia de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y ponerlo en relación con la prueba testifical a que en el mismo se alude, para poder apreciar que esa contradicción es absoluta y evidente, ya que si apareciendo que algunos testigos afirman datos y elementos de juicio reveladores de la existencia del adulterio cometido por el marido, pudo el Tribunal estimar insuficiente con arreglo a su criterio la prueba de esta causa de divorcio, los hay abundantes en cantidad y en calidad para dar por probada la existencia de la causa octava del artículo 3º de dicha ley; toda vez que 9 testigos, entre ellos la propia madre del esposo don P.F., afirman la certeza de los hechos que la pregunta 8ª del interrogatorio de la demanda contiene, de los que en relación con los que afirmaron la certeza de la pregunta 5ª se desprende que el demandante señor F. observó durante la vida matrimonial una conducta inmoral y deshonorosa que produjo tal perturbación en las relaciones conyugales que hacían imposible para su esposa la continuación de la vida común; y al no apreciarlo así la sentencia recurrida incidió en injusticia notoria que debe estimarse como causa de revisión, declarando en consecuencia que se debe dar lugar al divorcio de acuerdo con lo solicitado en reconvenición por doña A.M.,

al amparo de la causa 8ª del artículo 3º de la repetida Ley, con la consiguiente declaración de culpabilidad contra el marido Sr. F.": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 759-; "... Que del examen minucioso de las actuaciones se adquiere el pleno convencimiento que el Tribunal de Instancia incurrió en injusticia notoria al dictar el fallo recurrido, por cuanto al estimar no probadas las causas alegadas en la demanda y lo contrario respecto de las deducidas en reconvencción, sin fundamentar, por total ausencia de razonamientos, aquellas apreciaciones, olvidó sin duda la resultancia de la prueba practicada que en síntesis exacta recoge en los resultandos 4º y 5º de su sentencia, que, examinada con un criterio racional y lógico, patentiza, ya que no la concurrencia de la causa 1ª del artículo 3º de la Ley del Divorcio que requiere, según doctrina de esta Sala, cuando menos presunciones violentas, indicios vehementes del quebrantamiento de la fe conyugal, no siendo suficiente a estos efectos un auto de procesamiento dictado en la correspondiente querrela por adulterio, si la existencia de la causa 8ª, en virtud de las manifestaciones testificales y del concepto público de la demanda, atribuyéndola una conducta inmoral y deshonrosa, insoportable para la continuación de la vida en común": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 763-

(528) Así, múltiples sentencias del Tribunal Supremo:

a: ST. T.S. de 21 de Diciembre de 1933 -R.J.A. 1932-1933, Nº 786, Págs. 344-345-: Ambos cónyuges recurren contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia fundando su recurso en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, el esposo demandante por haberse desestimado las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegadas por éste como fundamento de su demanda de divorcio, y la esposa demandada por haberse desestimado, entre otras, la causa 8ª del artículo 3º de la referida Ley, que alegó como fundamento de su demanda reconvenzional de divorcio; el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la esposa demandada y estima el del esposo, decretando el divorcio de los cónyuges por la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, esto es, por la conducta inmoral y deshonrosa de la esposa, con declaración de culpabilidad para ésta:

"... Entrando en el fondo del asunto, esto es, en si el fallo recurrido incidió en injusticia notoria, como se sostiene en ambos recursos, es evidente que, a pesar de lo voluminoso de los autos, debido a la difusa y copiosa prueba practicada, se destacan en el curso de este litigio varios hechos que, según la apreciación que racional y lógicamente de ellos se haga, pueden ser decisivos para la resolución de estos autos, cuyo alcance es el siguiente:

Primero: Que a los 8 años de matrimonio, en 1905, se concertó en Barcelona un duelo en durísimas condiciones entre el demandante, segundo Teniente de la Guardia civil, y otro Oficial del mismo Instituto, que había de celebrarse el 13 del mes de julio.

Segundo: Que el lance de honor no se llevó a efecto por haberse ausentado el actor de Barcelona e internado, apenas transcurrido un mes de aquella fecha, 13 de julio, en el Manicomio de Cienfuegos, pasando más tarde al Hospital Militar de Carabanchel donde fue dado de alta el 18 de junio de 1906.

Tercero: Que hallándose el demandante recluido en el Hospital de Carabanchel salió de allí una noche, encontrándose con su mujer en una casa de citas.

Cuarto: Que por consecuencia de haberse ausentado de Barcelona, como quedó dicho, se le formó causa por abandono del servicio, de la que fué en definitiva absuelto, y al propio tiempo por rebuir el desafío fue descalificado, y más tarde, por fallo de un Tribunal de Honor, separado del servicio.

Quinto: Que separado del servicio hizo oposiciones al Cuerpo de Oficiales de Hacienda, que ganó y después, con igual éxito al Cuerpo Pericial de Contabilidad del Estado; y

Sexto: Que a partir del año 1906 vivieron separados ambos cónyuges, sin mantener ninguna clase de relaciones.

... Que el haber acaecido los anteriores hechos, no se pone en duda ninguna de las partes, si bien, como es natural en defensa de las respectivas posiciones que ocupan en la litis, los estiman producidos por diversas causas, y de ahí que en la demanda de inyección las causas 1ª, 8ª y 12ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y en la reconvencción las dos últimamente citadas, y además la 1ª y 4ª (por otros hechos aducidas), que

más adelante se examinarán, pues así como el marido afirma que el desafío fue provocado por sostener su esposa relaciones ilícitas con un Oficial de la Guardia Civil, lo que le produjo un ataque de enajenación mental que precisó su ingreso en un Manicomio; que teniendo conocimiento de que su mujer se entregaba a livianos desórdenes, frecuentando una casa de mal vivir, allí la sorprendió; que todo esto, por causa de su esposa, determinó la pérdida de su carrera y que, privado de recursos, tuvo que hacer oposiciones a otros Cuerpos del Estado; por la demandada se sostiene que hallándose en Huesca recibió un telegrama de su esposo, diciéndola que volviera a Barcelona, que en Manresa se encontrarían, manifestándole en esta población que en Barcelona había tenido una cuestión con un compañero, que existía un duelo, y como no quería matar ni que lo matasen, había decidido abandonar lo todo y citar a su mujer para ver que podía hacerse; que la estancia en el Manicomio y en el Hospital Militar fue una patraña para eludir responsabilidades; que el encontrarse en una casa de citas fue debido a que allí la citó su marido, sin duda buscando un pretexto para no pasarla alimentos, toda vez que sabía que pretendía separarse de él; y, por último, que si su marido abandonó la carrera fue no porque ella fuera la causa; de todo lo que se sigue, teniendo en cuenta las anteriores antagónicas suposiciones, que se precisa revisar minuciosamente los documentos y prueba practicada por una y otra parte para decidir la litis y, por tanto, la no existencia de la injusticia notoria en el fallo recurrido.

... Que si bien de todo lo actuado no adquiere la Sala el convencimiento del adulterio de la mujer (causa 1ª del artículo 3º) por no existir, ya que no prueba concluyente, difícilísima de aportar en esa clase de hechos, por ser íntimas y verificadas de ordinario en secreto, presunciones vehementes, es lo cierto que aparece evidenciada con respecto a la esposa la causa 2ª, ya que, aun apartando su concurrencia a una casa de citas, por no ser la prueba bastante robusta a ese efecto, hay elementos suficientes para así estimarla tales como el acta de desafío en la que consta que el motivo fue el sostener la mujer relaciones ilícitas con otro Oficial de la Guardia civil, que no hace ninguna manifestación en contrario; el certificado expedido por los facultativos del Hospital Militar de Carabanchel, acreditativo de que el actor, al poco tiempo de concertado el lance de honor, padeció ataque de enajenación mental en forma agresiva; las cartas de la propia esposa, en las que se revela arrepentimiento; las de la hermana de aquélla, escritas en la época en que los hechos acaecían, compadeciéndose del actor; afeando la conducta irregular de su hermana y buscando la forma de que su vida en lo sucesivo fuese ejemplar; las cartas de un General, dirigidas a la parte demandante, aconsejándole, entre otras cosas, que no quiera saber nada de su mujer y que plantee el divorcio; y, por último, un cierto contrato de arrendamiento de cosas muebles para una casa de Ventura de la Vega y un recibo de alquiler de un piano, siendo así que la esposa no sabe tocar, para la indicada casa; todo lo cual prueba la conducta inmoral y deshonorosa de la mujer, causa de aquel desafío, el ataque de enajenación mental, de la pérdida de la carrera y de tener que buscar otros medios de vida auxiliados por sus amistades, por carecer de recursos, sin que en contra puedan prevalecer las afirmaciones de la demandada, desprovistas de racional fundamento, así como tampoco la declaración ahora prestada en el pleito, por la hermana, desdiciéndose, después de 27 años de acaecidos los hechos de lo expresamente consignado en sus aludidas cartas, ya que no se concibe en buena lógica tratar ahora de desacreditar a su cuñado, cuando a su tiempo, frescos los hechos, tanto le ensalzó.

... Que por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de revisión por injusticia notoria interpuesto por el actor, dando lugar al divorcio por la causa 8ª del artículo 3º, esto es, por la conducta inmoral y deshonorosa de la esposa, productora de la perturbación en las relaciones matrimoniales, que hacen insostenible al otro cónyuge la continuación de la vida común, con declaración de culpabilidad para aquélla.

b: ST. I.S. de 19 de Marzo de 1934 - R.J.A. 1934, Nº 474, pág 225-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, por haberse desestimado las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegadas por aquélla como fundamento de su demanda de divorcio, siendo estimado su recurso por el Tribunal Supremo, si no en cuanto a la causa 1ª, sí en cuanto a la 8ª:

"... Que la prueba practicada en autos demuestra de un modo incontrovertible y manifiesto, primero: que el demandado sostiene relaciones de intimidad con mujer determinada cuya compañía frecuenta sin disimulo, hasta el extremo de hacer pública ostentación de ese trato, mostrándose con ella en campos de deporte, otros lugares concurridos, visitas al domicilio de la misma y demás exhibiciones sin recato todo lo cual explica la consistencia del rumor y fama de una existencia desarreglada, que si no califica de manera evidente el vínculo carnal o ilícito del adulterio, equivale a flagrante violación de los deberes que impone el matrimonio, por conducta inmoral y deshonorosa, con infamia de los deberes sociales que impone el vínculo y notoria perturbación del hogar motivo bastante para estimar injusticia notoria en el fallo recurrido que apreció con error la prueba y no hizo aplicación de su resultado a la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de régimen, invocada en la demanda".

c: ST. de T.S. de 27 de Abril de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 771, págs. 376-377-: El recurso formulado por la esposa se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse desestimado la causa 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegada por aquélla como fundamento de su demanda de divorcio, siendo estimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que varios testigos sin tacha tienen declarado en el juicio que han visto por la calle a don J.R. del brazo de una mujer que no era la suya y que por la manera de conducirse ambos daban la impresión de ser marido y mujer; que han visto muchas veces al propio Sr. R. del brazo de una mujer joven que daban la sensación de ser amantes, y que frecuentaban cabarets y casas de latrocinio; que el Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona por resolución de 26 de Junio de 1930 acordó que el menor hijo del matrimonio de referencia se entregara a su madre en depósito, al lado de la que continuará en situación de tutela y suspender al padre en los derechos de guarda y educación sobre su hijo, fundándose en que dicho padre había venido haciendo vida marital con mujer que no era la propia y se le había visto en diferentes ocasiones por la vía pública con mujeres de la vida airada; y que por sentencia canónica de 8 de Abril de 1932 se decretó el divorcio de estos cónyuges por término de 10 años por resultar de las pruebas allí practicadas que el señor R. se paseaba por las calles de Barcelona en la forma en que forzosamente debía infundir sospechas graves a su esposa no dándole la debida seguridad de fe conyugal; todo lo cual, apreciado en conjunto demuestra palpablemente que don J.R. ha venido faltando al deber de fidelidad que impone a los casados el artículo 56 del Código Civil a la vez que manifiesta en el mismo una conducta inmoral que naturalmente ha de producir perturbaciones en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común, estando, por tanto, incurrido en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio; y, al no entenderlo así el Tribunal "a quo" ha incurrido en la injusticia notoria que se alega en el recurso, siendo éste procedente".

d: ST. T.S. de 24 de Enero de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 245, págs. 98-99-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por imprecisión del fallo recurrido y por haber éste estimado la causa 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegada por la esposa como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimados ambos motivos por el Tribunal Supremo:

"... Que el segundo motivo que se presenta como fundamento del recurso es el de "Imprecisión" a base de que el fallo declara al demandado culpable "de infidelidades cometidas con varias mujeres sin nombrar ni precisar ninguna de ellas"; y esto carece en absoluto de razón legal para que pueda sostenerse en un recurso de esta naturaleza, ya que, aunque fuera admisible la teoría del recurrente "que no lo es", ello no sería bastante a demostrar que la llamada "imprecisión" por omitir el nombre de las mujeres aludidas, podía llevarnos a la consecuencia de que esa omisión de los nombres de tales personas constituía una injusticia notoria cometida por el Tribunal sentenciador por la cual debiera darse lugar al recurso; porque lejos de poder aceptarse que en la sentencia se cometió injusticia por ese motivo hay por el contrario que reconocer, que ni sería injusta la sentencia citando y detallando quienes fueran esas mujeres ni ocultando sus nombres; pero la prudencia

mas elemental aconseja en este caso proceder en la forma que lo hizo el Tribunal "a quo", toda vez que siendo la conducta del demandado la que es materia de enjuiciamiento, para declarar si incurrió o no en la causa legal de divorcio que se le atribuya por su esposa, basta con que la Sala sentenciadora, formando su estado de conciencia por los hechos que fueron objeto de prueba en el trámite oportuno del pleito, en la cual se concretaron aquellas personas con sus nombres y circunstancias llegara a apreciar que el demandado sostuvo relaciones de cierta clase con ellas para que lo declarara así, con objeto de deducir la consecuencia oportuna en el orden legal con respecto a la única persona que en el pleito interesa como parte contendiente; pero sin que por ello fuera preciso comprometer la honra y la reputación de otras publicando sus nombres innecesariamente.

... Que por lo que hace referencia al tercer punto que se invoca en el escrito de interposición del presente recurso o sea el de haberse apreciado en la sentencia una "causa de divorcio que no existe", desarrolla este supuesto el recurrente, sosteniendo que la Sala "a quo" ha incurrido en error al estimar que las infidelidades que se atribuyen a aquél no encuadran dentro de lo que es la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio que se refiere a la violación de los deberes matrimoniales, y entre los cuales no puede incluirse la infidelidad conyugal porque ella está comprendida en el adulterio; pero enfrente de esta opinión se alza la doctrina sostenida por este Supremo Tribunal de que pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal constitutiva de adulterio, pueden entrañar una conducta inhumana o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común, y en ese caso aquellos actos entran de lleno en la causa 8ª por lo que estimando la Sala sentenciadora que éste es uno de ellos, hay que reconocer que procedió acertadamente al estimar esa causa y no la primera, si concurriendo o no, le faltaron elementos de juicio bastantes a dar por probada ésta".

e: ST. T.S. de 31 de Enero de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 251, págs. 101-102-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haber apreciado la causa 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegada por el esposo como fundamento de su demanda de divorcio siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que aun desestimando el Tribunal "a quo" la causa 1ª del artículo 3º de la ley sobre Divorcio, no incide en injusticia notoria, al apreciar como existente la 8ª del expresado artículo, toda vez que los hechos comprobados de hallarse la demandada con uno de los médicos de la población, después de los persistentes rumores relativos a las relaciones ilícitas que entre ellos mediaban; el penetrar dicho médico a altas horas de la noche en la morada de aquélla, favoreciendo su salida por medio de una soga, sin que por la recurrente se haya tratado de justificar siquiera el motivo o razón, suficiente y honesto, que justificara tales entrevistas, determinan y ponen de relieve la falta de elementales deberes en la esposa, obligada a evitar toda relación anormal con varón que pueda poner en peligro la honra conyugal y servir de base al desprestigio del marido, calificándose en su consecuencia, rectamente, por el Tribunal de instancia de inhumana y deshonrosa la conducta de la demandada y recurrente, productora de honda perturbación en las relaciones matrimoniales y que hacen imposible para el otro cónyuge la vida en común, no procediendo en su virtud revisar la sentencia recurrida".

f: ST. T.S. de 19 de Abril de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 799, págs. 345-346-: El recurso formulado por el marido contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio pues, a pesar de declarar la culpabilidad de la esposa demandante por la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, que se había alegado por el esposo como fundamento de su demanda reconventional de separación de personas y bienes, acto seguido desestima totalmente la reconvencción; su recurso es estimado por el Tribunal Supremo que decreta la separación legal de los cónyuges por la citada causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma:

"... Que además de que el primer pronunciamiento contenido en la sentencia combatida declara la culpabilidad de la demandante por la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, que fue una de las alegadas por su esposo en la reconvencción, que a renglón seguido desestima totalmente el fallo, y de que no impugnado éste por doña P.B. ha quedado firme respecto a ella el pronunciamiento indicado, la revisión de las probanzas practicadas por don V.A. que en apoyo de su reconvencción articuló, convence de la atinada apreciación que en el fuero interno hizo de ellas el Tribunal "a quo" para estimar con fundamento que doña P.B. era culpable de la causa 8ª referida que alegó su esposo, puesto que, el detenido examen de aquellas pruebas, acredita que si bien la anormalidad de las relaciones que existían entre doña P.B. y un joven extraño a los cónyuges no son lo suficientemente calificadas para afirmar sin vacilación que con él haya cometido adulterio, es indudable que ponía en peligro la honra conyugal y ocasionaban el desprestigio del marido".

g: ST. I.S. de 27 de Abril de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 806, pág. 348-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se fundó en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio al apreciar la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por la esposa como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el I.S.:

"... Que la doctrina reiterada por este Tribunal, entre otras en la sentencia de 24 de Enero del año en curso, "de que pueden cometerse actos, que atentatorios a la fidelidad conyugal, no lleguen en su demostración a la categoría del ayuntamiento carnal constitutivos de adulterio, pero puedan entrañar, conducta inmoral y deshonrosa productora de perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insostenible la continuación de la vida común", se alza contra la tesis del recurrente expuesta en el primer punto del escrito donde formaliza el presente recurso; y como en el caso, aquellos actos que la Sala "a quo" entendió acertadamente acreditados, -enfermedad específica sin concretado origen, y relaciones amorosas, fingiendo soltería, con mujer no propia, a la que se acompañaba asiduamente en actitud significativa alguna vez, de preferencias sobre la esposa- entran de lleno en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, con la interpretación antes expuesta, es visto que la Audiencia sentenciadora al no aceptar el adulterio y estimar ésta, procedió justamente".

h: ST. I.S. de 2 de Julio de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 1535, pág. 677-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse desestimado la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquel como fundamento de su demanda reconvenccional de divorcio, siendo estimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Pero no así respecto al contenido de la reconvencción, en lo referente a la octava causa del citado artículo, puesto que de las declaraciones prestadas por veraces testigos de presencia aparece que la esposa ha mantenido con cierto joven reiteradas relaciones de pública y sospechosa intimidad, reveladoras de una conducta poco plausible en orden a los deberes matrimoniales cuya exteriorización constituye violación evidente de los mismos y revelan un proceder perturbador de la vida conyugal que hace insostenible la convivencia de los esposos y al no reconocerlo así la sentencia del juez de mérito ha incurrido en notoria injusticia".

i: ST. I.S. de 8 de Julio de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 1551, pág. 681-: El recurso interpuesto por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio al haberse apreciado la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por el marido como fundamento de su demanda reconvenccional de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... De las declaraciones de los 13 testigos que a su instancia declaran, resulta la existencia de hechos que, cual el de recibir ella sigilosamente continentales de los que no se enteraba su marido, acudir al teléfono de una carbonería de la casa con toda clase de precauciones, pasear acompañada de un sujeto que no era su esposo, incluso en una verbena a la una de la madrugada, coincidiendo los testigos en las señas del acompañante, son insuficientes para no incurrir en error notoria al estimar una conducta inmoral



en la mujer a que se refiere aquella causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio que la Audiencia acepta como fundamento de su fallo".

j: ST. I.S. de 10 de Enero de 1936 -R.J.A. 1936, Nº 90, pág. 43-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse estimado la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquella como fundamento de su demanda de divorcio, siendo estimado su recurso por el I.S.:

"... Que evidentemente el Tribunal "a quo" ha padecido una manifiesta y palmaria equivocación de facto al no estimar en sus declaraciones de hecho, que el demandado, don Juan G., durante su vida matrimonial, frecuentaba el trato íntimo y carnal, de mujeres de vida libre y deshonestas, motivando ello que su esposa, la actora doña E.D., se viera obligada a buscar el amparo y protección de sus familiares, acompañándola los dos hijos del matrimonio, siendo notorio el error en que incide la Sala de instancia al apreciar las pruebas practicadas sobre este extremo, base cardinal de la demanda, ya que a la expresada conclusión, no aceptada por aquel Tribunal, conducen las manifestaciones, concretas y unánimes, de considerable número de testigos, sin tacha de ninguna clase, cuyas categóricas afirmaciones no han sido desvirtuadas y a las que, solamente, se oponen algunos testigos del demandado que se limitan a emitir un concepto laudatorio de la conducta del esposo recurrido; procediendo, en su consecuencia, revisar la sentencia recurrida apreciando, como única causa de divorcio, la comprendida en el número 8ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, invocado por la actora, declarando la culpabilidad del marido".

k: St. I.S. de 4 de Marzo de 1936 -R.J.A. 1936, Nº 524, págs. 282-283-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse estimado las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegadas por aquél como fundamento de su demanda de divorcio, siendo estimado su recurso por el Tribunal Supremo en lo referente a la causa 8ª:

"... Que alegadas por el actor en la demanda origen de este pleito las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, la Sala sentenciadora al desestimar la primera obró acertadamente, como lo patentizan los razonamientos que aduce en el primer Considerando de la sentencia, al estimar que no pueden servir para fundamentar la concurrencia de dicha causa la comunicación de la demandada por señas con un vecino ni las cartas que se acompañaron a la demanda porque no son bastantes para adquirir la certeza moral del adulterio y del quebrantamiento de la fidelidad conyugal, pero si a esto se añade, las entrevistas en el patio de la trastienda de una droguería y en el Parque y las cartas que 2 testigos aseguran haber llevado por su encargo a ese vecino supuesto amante según todo ello resulta de la prueba, queda patente a todas luces la irregular, inmoral y deshonrosa conducta de dicha demandada, siguiéndose de ello una manifiesta perturbación de las relaciones matrimoniales que hacen insostenible la continuación de la vida en común para el demandante y por tanto procede el estimar cual por éste se solicita la concurrencia de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley".

l: ST. I.S. de 22 de Mayo de 1936 -R.J.A. 1936, Nº 1142, pág. 569-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse estimado la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por el esposo como fundamento de su demanda reconvenicional de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que no merece igual trato en cuanto declara haber lugar al divorcio por concurrir en contra de la mujer la causa 8ª del mentado artículo, ya que los hechos que en tal sentencia se relatan recogen fielmente la prueba que arrojan a este respecto las actuaciones y demuestran que la esposa pasaba largos ratos en la escalera de su casa, en íntimo coloquio con un vecino y cubriéndose tan solo con un ligero kimono, sin medias y con las uñas de los pies pintadas, como igualmente que en diferentes veces por las cercanías del cementerio, se la vió acompañada de un hombre que no era su marido y también bañándose en el

mar en forma reveladora de que entre ellos existía gran intimidad, hechos que están poniendo de relieve que su conducta no se ajustó al natural recato que toda casada está obligada a guardar con respecto a su marido, acusando, por el contrario, una falta de moralidad en sus costumbres, que forzosamente se había de proyectar sobre la vida matrimonial, quebrantando la armonía que debe presidirla y haciendo imposible al otro cónyuge por propio decoro, la convivencia dentro de ella".

m: ST. I.S. de 18 de Junio de 1935 -R.J.A. n.º 1378, pág. 669-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse desestimado las causas 1ª y 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegadas por la esposa como fundamento de su demanda de divorcio, siendo estimado por el Tribunal Supremo en cuanto a la causa 8ª:

"... Que si bien la causa 1ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio no concurre en el presente caso en contra del marido, porque revisados minuciosamente los autos y pruebas practicadas ante el Juez, única que puede tenerse en cuenta, no existen presunciones violentas que lleven al convencimiento de esta Sala que existió el adulterio, es lo cierto que en cambio hay motivos fundados para estimar la causa 8ª, por cuanto consta plenamente acreditado que el demandado frecuenta la compañía de una mujer sin disimulo y se mostraba con ella en sitios públicos, lo cual explica la consistencia del rumor y fama de una vida desarreglada que lleva consigo la violación de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonorosa del esposo, produciendo perturbación en las relaciones matrimoniales que hacen insostenible para la mujer la continuación de la vida en común".

Cfr. en este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1248-.

(529) En su intervención en el debate de totalidad del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio, el Dr. Juarros se extrañaba ya de que, habiendo se incluido en el dictamen un número enorme de causas de divorcio, se omitiese como causa de divorcio la "embriaguez habitual" -Intervención del Sr. Juarros en el debate de totalidad del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: Diario de Sesiones, tomo VI, pág. 3592-: De ahí que suscribiera una enmienda que, leída por primera vez pasó a la Comisión en la sesión del día 26 de Enero de 1932 -NUM. 105-, proponía:

Los diputados que suscriben tienen el honor de proponer que el artículo 3º del proyecto de Ley de Divorcio, sea redactado como sigue:

3º: "Las tentativas del marido para prostituir a su mujer, del marido o la mujer para corromper a los hijos o prostituir a las hijas; la connivencia en su corrupción o prostitución y la embriaguez habitual de uno de los cónyuges".

Palacio de las Cortes, 23 de Enero de 1932. César Juarros.- José Luis Martín de Antonio.- Angel Torres.- Manuel Hilario Ayuso.- Antonio Royn Villanova.- Eduardo Barriobero: DIARIO DE SESIONES, APENDICE 1º AL NUM. 105.

Leída por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, al no aceptar la Comisión la enmienda del Sr. Juarros, toma este la palabra, más, antes de hacer argumentación de ninguna clase, manifiesta su deseo de conocer en qué se basa la Comisión para rechazar que en la Ley de Divorcio se estime la embriaguez habitual entre las causas de divorcio: Sistemáticamente, el Sr. Vargas, en nombre de la Comisión, expone los motivos tenidos en cuenta para no admitir la enmienda del Sr. Juarros que, básicamente, se resumen en que la Comisión entiende que la embriaguez habitual como causa de divorcio está ya incluida en el número 8º del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

"... Decía el Sr. Juarros que la Comisión ha olvidado incluir entre las causas de divorcio la embriaguez habitual de cualquiera de los cónyuges y la Comisión no ha olvidado esa circunstancia como causa o motivo determinante del divorcio; lo que ocurre es que la Comisión estima que esta causa de divorcio está comprendida en el número 8º del mismo artículo, porque este número 8º señala como causa de divorcio la conducta de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insostenible para otro cónyuge la continuación de la vida conyugal. Es indudable, Sr. Juarros y demás firmantes de la enmienda, que el cónyuge que se embriaga habitualmente produce

una perturbación en las relaciones matrimoniales que hace imposible la continuación de la vida en común. Resulta, pues, que la Comisión no ha olvidado esta causa de divorcio, que entiende incluida en el número 8º del artículo 3º, y espera, en consecuencia, que el Sr. Juarros y demás firmantes retiren esta enmienda, que, por los motivos indicados, la Comisión no ha podido aceptar".

Para el Dr. Juarros las razones aducidas carecen de valor e, interviniendo en defensa de la enmienda por él suscrita, dice:

"... Me levanto emocionado al ver que desde el banco de la Comisión se me pide que retire la enmienda. Seré derrotado seguramente; pero las razones aducidas carecen de valor. De aceptarlas, tampoco debiera consignarse como causa de divorcio la locura, ya que la locura también produce comportamientos que hacen insostenible la vida común. Si se trata de detallar causas, ¿por qué unas veces la Comisión tiene un criterio sintético, oculta la causa y emplea un término oscuro como "conducta" y otras veces detalla con minuciosidad enfadosa? Para dar homogeneidad a la ley, sería de la mayor conveniencia que se adoptara un criterio único. No basta decir que la conducta es causa de divorcio y suponer que en la conducta entra la embriaguez habitual, porque también influyen en la conducta trastornos psicopáticos, que, según la tesis aducida, tampoco debieran haber sido consignados aparte. Una de dos: o se emplea para todos un criterio sintético o un criterio analítico. Lo que no puede hacerse es omitirse causas de tanta trascendencia, como la embriaguez, y, en cambio, detallar otras con minuciosidad pueril".

El Sr. Vargas, en nombre de la Comisión, insiste en su argumentación anterior y, en cuanto a la consignación de una manera especial entre las causas de divorcio de la locura lo explica porque la locura no es una conducta, y como no lo es, al no depender del sujeto, se ha tenido que consignar aparte. Mas el Sr. Juarros sigue sin retirar la enmienda por continuar creyendo que muchas veces la embriaguez no depende de la voluntad del que se embriaga. Decisiva es la intervención del Sr. Sánchez Ranús, que trata de fijar la postura de la minoría socialista, a la que pertenece el Sr. Juarros, frente a la propuesta de éste de que la embriaguez habitual sea considerada como causa de divorcio:

"... La minoría socialista, a la que tengo el honor de pertenecer, me confía en este instante la tarea de explicar nuestra postura frente a la propuesta de mi compañero por doble vínculo el doctor Juarros.

En efecto, su proposición presenta un aspecto del problema que parece convencer a primera vista, y que debería llevarnos con él al criterio que sustenta. No obstante esto, yo tengo el propósito de intervenir en la discusión en torno a los motivos médicos del divorcio, y me importa muy mucho fijar en este instante el criterio general al cual va a atenerse la actitud de la minoría socialista.

Es evidente que en el minuto actual del Derecho, las nociones se desplazan en el sentido de no dar el valor que clásicamente se otorgaba a la acentuación moral de los motivos, y atenerse, en cambio, al fundamento estrictamente objetivo de los hechos. Hay una corriente de objetividad que en este instante atraviesa el Derecho entero. Esta corriente de objetividad que, en lo que se refiere al Derecho penal, se ha traducido en la sustitución de la idea de responsabilidad por la idea de peligrosidad, en la sustitución de la idea de castigo por la idea de profilaxis del delito, nos es particularmente cara a todos cuantos profesamos el socialismo. En efecto, las corrientes modernas del Derecho, apoyadas en esta orientación, nos han dado a los socialistas nada menos que el principio fundamental de la indemnización en los accidentes de trabajo, para los cuales evidentemente la noción de la culpa carece por completo de importancia.

Pues bien, nosotros en principio nos afiliábamos decididamente a toda tendencia de derecho estatuido en la que se prescindiera de valorar moralmente las causas y de intentar castigarlas, para sustituir esta noción por el concepto que en materia de divorcio ha formulado Kall en Alemania con el nombre de "discrepancia objetiva"; es decir, para atenernos estrictamente a la objetividad del daño sufrido, a la tendencia a su reparación y a la profilaxis de una recaída. Esta norma general no puede ser, sin embargo, traída a la letra de la ley por el grupo parlamentario socialista, porque nuestra doctrina es esencialmente democrática, y nosotros sabemos muy bien que el estado de preparación del

espíritu público en España no permite en modo alguno que adaptemos una actitud francamente objetiva en la interpretación de los motivos de la ley. Para nosotros todavía en España el matrimonio es muchas veces el medio de solventar un conflicto económico, o el de satisfacer deseos sensuales sin miedo a las enfermedades venéreas, a los hijos o a la policía; y como esto es así, como de una manera radical la actitud de la masa en el problema del matrimonio envuelve siempre la noción de la culpa, nosotros, que iremos en adelante a la remoción de esta actitud, no podemos en modo alguno colocarnos enfrente de un sentimiento de raigambre multitudinaria, porque las leyes no viven porque se promulguen, sino que viven porque están en el espíritu de los pueblos, y nosotros tenemos la serena tranquilidad de anunciar a la faz de la Cámara que procuraremos que esta ley no viva, pero lo procuraremos por la única técnica con que los socialistas pueden procurarlo, es decir, a través de conseguir una educación multitudinaria de tal naturaleza, que permita sustituir enteramente en las leyes que se promulguen el día de mañana un concepto de culpa por el concepto de causa.

Esta es nuestra actitud esencial, y esta nuestra actitud esencial, que es nervio de toda nuestra doctrina, se pone ahora en conflicto con la propuesta, evidentemente plausible, que hace nuestro camarada el Dr. Juarros. Nuestro camarada el Dr. Juarros propone que la embriaguez habitual sea considerada como causa de divorcio. Hay aquí dos cosas enteramente distintas; de una parte tal vez un exceso de precisión en la enumeración de las causas, pero que queda naturalmente y de un modo inmediato incompleta, porque yo querría preguntar a mi compañero el doctor Juarros a qué título colocar el alcoholismo habitual entre los motivos de divorcio y no coloca las toxicomanías habituales de la morfina y de la cocaína, que evidentemente pertenecen a un orden de hechos enteramente parejos desde el punto de vista médico. Y es que los médicos hemos aprendido que los problemas de conducta en relación con el manejo de los tóxicos tienen dos fuentes esenciales. Hay evidentemente una primera fuente, en la cual no ha que dar apenas valor a unos componentes subjetivos y constitucionales del modo de ser del sujeto: son los casos en que las etiologías de la embriaguez o del manejo habitual de un tóxico son puramente de ambiente. Pero hay otros grupos de casos en los cuales es forzosamente necesario conceder un papel predominante a los factores constitucionales. El manejo habitual del tóxico está dentro del sujeto por condiciones particulares de su modo de ser. Hay, por ejemplo, en el grupo de las formas atenuadas de las epilepsias, gente particularmente abocada al alcohol. Hay, por ejemplo, en cierto tipo de insuficiencias sociales de aspecto neurótico, una tendencia a la compensación, por el manejo de medicamentos de ese tipo venenoso, que dan al sujeto una falsa sensación de poder. En definitiva, para nosotros el manejo habitual de un tóxico no constituye una entidad en materia de conducta, sino algo que se debe asociar, separar y colocar en un grupo el manejo habitual de tóxicos que sea debido a circunstancias de tipo constitucional, en el amplio sentido de la palabra, y en otro el manejo de tóxicos que sea debido a circunstancias de tipo ambiental. Ahora bien, nosotros entendemos, modestamente, con un criterio debido en estas fuentes de inspiración que acabamos de decir, que en lo que se refiere a los casos de manejo habitual de tóxicos, que pueden explicarse por circunstancias constitucionales, el proyecto de ley tiene aquel apartado, que me parece que es el 13, en el cual se habla de la enajenación mental como motivo de divorcio, y en lo que se refiere a los factores ambientales, evidentemente el apartado 89, al cual se ha dado lectura, en el que se habla de problemas de conducta, satisface esta condición.

De modo que yo no reprocho para nada al Dr. Juarros su iniciativa; me parece magnífica. Si la Comisión hubiera de aceptarla, urgirla, en nombre del grupo socialista, para que no limitase su aceptación al manejo habitual del alcohol, sino que incluyese, además, el manejo habitual de otras sustancias tóxicas, que tienen una influencia considerable sobre la conducta del sujeto, y como esto correría el peligro de convertirse en índice de un tratado de toxicología, me parece que la forma en que está redactado el dictamen satisface las necesidades reales de la ley, aunque, desde luego, coincide plenamente en que no satisface todas las teorías, pero ya he dicho que a nosotros, socialistas, sólo nos importa hacer una obra que viva, que esté en contacto con la realidad y no provoque inmediatas reacciones de hostilidad por parte del ambiente. Esto es todo lo que tenía que decir".

Irás explicar que con su enmienda se refería a esas formas de comportamiento que no tenían de clasificación en los capítulos donde se habla ya claramente de enajenación mental y de reconocer que, aún cuando su enmienda contenía la palabra "embriaguez", al hablar de embriaguez no limitaba el horizonte a la embriaguez alcohólica sino que incluía como causa a todos los tóxicos capaces de colocar a uno de los cónyuges en un estado susceptible de llevarle a hacer incompatible su vida en común con el otro cónyuge, en vista de que la Comisión no parecía dispuesta a aceptar su enmienda, el Dr. Juarros la retira:

"... Pienso que cuanto se refería a trastornos psicopáticos hondos estaba contenido en otro de los artículos de la ley de Divorcio, y que yo, al hablar de embriaguez, no limitaba el horizonte a la embriaguez alcohólica, sino que incluía como causa de todos los tóxicos capaces de colocar a uno de los cónyuges en un estado susceptible de llevarle a hacer incompatible su vida en común con el otro cónyuge. Desde luego en España la embriaguez alcohólica es la más habitual, pues ni la morfomanía ni la cocaínomanía son tan frecuentes como ella. Mi enmienda dice terminantemente "embriaguez", y solamente embriaguez porque en todas las enmiendas presentadas por mí a esta Ley de Divorcio aspiré, reconozco mi pecado, a resultar sintético y claro. Me refería a esas formas de comportamiento que no tenían lugar de clasificación en los capítulos donde se habla ya claramente de enajenación mental. Este era el sentido de mi enmienda. En vista de que la Comisión no parece dispuesta a aceptarla y que sería totalmente ridículo provocar votaciones nominales, perdidas de antemano, la retiro": (DISCUSION DE LA ENMIENDA DEL DR. JUARROS: DIARIO DE SESIONES, tomo VI, págs. 3694-3696).

Un voto particular, que se leyó enunciándose que pasaría a la Comisión en la sesión del día 27 de Enero de 1932 -NUM. 106-, del Sr. Villanueva proponía:

Los Diputados que suscriben, lamentando disenter del parecer de sus compañeros, formulan el siguiente voto particular al dictamen de la Ley de Divorcio:

Art. 3º: Se harán las siguientes variaciones y adiciones:

4ª (bis): "la embriaguez consuetudinaria".

Palacio de las Cortes, 27 de Enero de 1932. Justo Villanueva.- Basilio Alvarez: DIARIO DE SESIONES: APENDICE 2º al NUM. 106.

Leído por segunda vez en la sesión del día 9 de Febrero de 1932 -NUM. 113-, el Sr. Villanueva retira el voto particular: DIARIO DE SESIONES: tomo VI, pág. 3700.

(530) "... Que la embriaguez, aun siendo habitual, no es por sí sola, juzgada de un modo abstracto, generadora de causa de divorcio, ya que si el legislador hubiera querido darle ese alcance figuraría comprendida entre las que enumera el artículo 3º de la Ley de Divorcio; ahora bien: si como consecuencia del estado de embriaguez con carácter de habitualidad, el que se halla bajo sus efectos realiza actos de escándalo o de vejación para su cónyuge que ocasionen tal perturbación en las relaciones matrimoniales que le hagan insoportable la vida en común, entonces ese vicio se debe considerar comprendido en la causa octava como con acierto se hace en la sentencia recurrida, ya que de la prueba practicada aparecen elementos de juicio más que suficientes para apreciar la realidad de aquellos actos perturbadores de la paz conyugal, como consecuencia del estado de embriaguez que el Tribunal "a quo" reconoce como habitual en el demandado; y en su virtud, no apareciendo acreditado que al dictarse la sentencia recurrida se haya cometido injusticia de ninguna clase, y menos de carácter notorio, como sería necesario para que pudiera prevalecer este recurso, se impone su desestimación": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2178-; "... Que la prueba llevada a cabo patentiza, que en doña M.C. se da el hábito de la embriaguez y éste, que por sí sólo no bastaría para producir una causa de divorcio, ya que no se halla específicamente comprendido en ninguno de los números del artículo 3º de la Ley que lo regula, sin embargo, en el caso actual trae como consecuencia una perturbación tal en las relaciones matrimoniales que hace insoportable para el marido la vida en común, porque dominada la esposa por el mencionado vicio, él la impulsa a mantener altercados violentos y a promover escándalos, que han llegado hasta motivar el desahucio del matrimonio del piso en que habitaba; a la celebración de un juicio de faltas, en que la mujer resultó condenada y a que la misma fuese asistida en la Casa de Socorro de un ataque de alcoholismo agudo; apareciendo, además, de la prueba que a espaldas de su marido y a fin de proporcionarse medios con que alimentar su acusada afición,

vendió en ocasiones a bajo precio y en otras lo intentó, efectos pertenecientes al matrimonio, todo lo cual justifica la existencia de la causa 8ª del repetido artículo 3º que en reconvención se alega, fundándose en la conducta deshonrosa de uno de los cónyuges y proclama también, que las declaraciones de hecho sentadas por el Tribunal de instancia, responden a la realidad, despojando por tanto de toda eficacia al recurso, ya que basado en una distinta apreciación de prueba, no puede ser jurídicamente admisible, la prevalencia del criterio particular de la parte al analizarla, sobre el formado por el Tribunal "a quo": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1935 - Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2178-; "... Que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, es de apreciar la causa octava cuando está patentizada por la prueba que en la esposa se da el hábito de la embriaguez, y éste que por sí sólo no bastaría para producir una causa de divorcio por no hallarse específicamente determinado en el artículo 3º, sin embargo en el caso actual trae como consecuencia una perturbación tal en las relaciones matrimoniales, que hace insoportable para el marido la vida en común, porque como se afirma rectamente en la sentencia recurrida, apreciando las pruebas, el vicio de la esposa la hace tomar dinero o préstamos con desconocimiento de su marido y la lleva a enajenar cuantos artículos de comer y vestir encuentra en el domicilio conyugal para hacer frente a los gastos de bebidas alcohólicas, siendo vista en estado de embriaguez no sólo en su domicilio sino en algunos establecimientos de bebidas, todo lo que implica una conducta inmoral o deshonrosa que cae de lleno en la indicada causa, por lo que es evidente que la Audiencia al estimarla tampoco incurrió en la injusticia notoria que se alega": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1379-.

(531) "... Sin que tampoco aparezca clara y patente la conducta deshonrosa de su mujer, debida al alcoholismo, pero aun dando por sentado que tal vicio es en ella habitual, éste no constituye por sí sólo causa de divorcio, precisándose para ello que por su secuela de escándalos y de sordenes domésticos, incluso en el aspecto económico, produzca tal perturbación en la vida matrimonial que haga insoportable para el cónyuge inocente la vida en común, y ello no es dable que ocurra al presente ya que hace más de siete años que la comunidad de vida entre los esposos quedó rota por libre voluntad de ambos, por lo cual este motivo de divorcio resulta hoy de alegación extemporánea": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Diciembre de 1935 - Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2311-.

7.9.5. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en el número 8º del artículo 3º de la Ley de Divorcio.

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquellos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite: de ahí que no pudiera apreciarse esta causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio si no se hubiere alegado en la demanda o reconvención ninguno de los motivos de divorcio o separación comprendidos en la misma (532).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (533), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derechos de su escrito de demanda o reconvención como causa de divorcio

o separación por ella interesado la 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, especificando y detallando en los hechos de su demanda o reconvencción aquellos hechos que pudieran ser determinantes respecto del cónyuge contra el que la misma se alega de los supuestos previstos en ella, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular ninguna prueba dirigida a demostrar los supuestos previstos en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuya concreción no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvencción (534): Mas, según esa misma doctrina, basta, para tener por cumplido este requisito, con que, estando formuladas las afirmaciones precisas para que se pueda reputar planteada la litis, sean éstas debidamente enjuiciadas en el trámite probatorio del juicio (535).

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción determinantes de los supuestos previstos en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvencción determinantes de los supuestos previstos en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

1 - Conforme al sentido unánime de la doctrina jurisprudencial, la apreciación de esta causa de divorcio o separación por los Tribunales requiere, no ya meras presunciones, sino una prueba directa para justificar que las relaciones matrimoniales han sufrido tal perturbación que se hizo insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida en común, toda vez que la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio, y sobre todo la conducta inmoral y deshonrosa de uno de



los esposos, es algo que por regla general se exterioriza y no permanece oculto (536): Era necesario que, del examen de las pruebas practicadas en el pleito, resultaren hechos probados suficientes a tener por acreditada la violación de los deberes matrimoniales o la conducta inmoral deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común (537), procediendo su desestimación cuando de la prueba practicada en autos no aparezcan aquellos vehementes indicios ni la prueba directa que justifique que las relaciones matrimoniales han sufrido tal perturbación a consecuencia de la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio o la conducta inmoral y deshonrosa de uno de los cónyuges que se hizo insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida en común (538).

(532) "... Que la causa de revisión por injusticia notoria que también se invoca se intenta justificar en el Tribunal sentenciador ha hecho indebida aplicación de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, porque al apreciar las pruebas practicadas en el pleito, no ha deducido la existencia de actos y omisiones realizados por el demandado, que constituyen una manifiesta violación de los deberes que le imponía el matrimonio, que han hecho insoportable para la demandante la continuación de la vida en común; y para apreciar la improcedencia de las alegaciones, basta con tener en cuenta que el Tribunal no aplica en sus sentencia ni debida ni indebidamente la causa 8ª del artículo 3º de la Ley, ni ha podido ocuparse de ella, por la sencilla razón de que por nadie se alegó en el pleito...; y ello en manera alguna puede decirse que constituya la injusticia notoria que se alega para sostener este recurso, que por todo lo expuesto debe desestimarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 256-; "... Que si bien la concurrencia de una causa de orden objetivo excluiría la meramente objetiva del considerando anterior, es lo cierto que la Audiencia, al apreciar en contra del estado de hecho de la separación, la conducta inmoral del demandante, incurrió en vicio de injusticia notoria, ya que era preciso que tal causa se hubiese alegado en forma por la demandada y ello no fue así puesto que no dedujo la oportuna reconvencción como era de rigor": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 622-; "... Que es manifiesta la injusticia de la sentencia recurrida al aplicar la ley de divorcio, porque estima como causa del pedido por el demandante, una causa que este no alegó en la demanda, sino que la invocó al contestar a la reconvencción de la mujer, momento procesal en el que, el demandante, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 688 de la Ley de enjuiciamiento Civil aplicable a los pleitos de divorcio por el artículo 46 de su Ley, debe limitarse a lo que fué objeto de la reconvencción sin invocar nuevas causas que la demandada no puede legalmente combatir: ... Pero no pudo ni debió analizar y menos admitir una causa nueva de divorcio -la 8ª del artículo 3º- que además de estar alegada por el marido en su contestación a la reconvencción, anulaba y destruía la causa única que en su demanda alegó, ya que tiende a demostrar que la separación, no fue libremente consentida como afirmó en la demanda, sino obligada por la conducta inmoral de la mujer, con lo que desaparece la causa doce, cambia esencialmente la demanda y modifica la culpabilidad de la mujer demandada": Sentencia del Tribunal supremo de 8 de

Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1015-; "... Por último que, respecto a la causa 8ª, su desestimación es evidente, teniendo en cuenta, además de no existir prueba alguna, que la propia recurrente la alega con carácter supletorio o subsidiario haciéndola surgir de la concurrencia de las otras dos anteriores, y claro es que si no existen como se ha dicho, nada hay que permita afirmar una perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 354-.

(534) "... Que no puede haber lugar en cambio por lo que atañe a la inadmisión en la sentencia impugnada de la causa octava del repetido artículo 3º de la Ley que también alegó doña E.S. porque aun cuando las estrechas relaciones de amistad y la casi exagerada protección con que don S.I. distingue al aludido señor extraño a su familia se prestan a un juicio equívoco y malicioso cual dice la resolución combatida y tal comportamiento del demandado sea ciertamente anómalo y no le dignifique en el concepto público, es de advertir que cuando en la demanda se consignó que nada más lejos de la parte actora que recoge en el indicado aspecto lo que por rumor se hizo llegar a sus oídos y en su consecuencia no imputó al demandado determinado vicio deshonoroso o conducta inmoral que le asigne pertinente calificativo específico, ni pudo por tanto dirigir la prueba a demostrar ninguna afirmación suya en tal sentido, claro es que si el Tribunal sentenciador ponderando con ecuanimidad la practicada en el pleito según su revisión comprueba, concluye por manifestar que no pudo dar por cierto que el señor I. haya incurrido en violación de los deberes matrimoniales por motivos de inmoralidad y por consiguiente no aprecia la causa 8ª del artículo 3º de la Ley alegada en la demanda, no cayó en injusticia notoria al proceder de esta suerte ni debe prosperar en este extremo el recurso sostenido por doña E.S.": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 611-.

(535) "... Que el segundo motivo se funda en la injusticia notoria de la Sentencia al apreciar la causa octava del artículo 3º de la mencionada ley de divorcio, una de las dos alegadas en la demanda, por entender que la parte actora no expresó en aquella con claridad y precisión los hechos constitutivos de tal causa, refiriéndose sólo a esta de un modo vago e indeterminado, y como al amparo del indicado motivo y para que éste pudiera prosperar, no cabe cambiar los términos más o menos afortunados de redacción de la demanda sino demostrar, cual reiteradamente lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, que el juzgador al apreciar las pruebas o al aplicar el derecho ha incurrido en evidente y manifiesto error y tal demostración no se ofrece en el recurso, también este segundo motivo ha de ser forzosamente desmentido": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 2177-.

(536) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1407-.

(537) Teniendo en cuenta el contenido global de esta causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, son varias las sentencias del Tribunal Supremo que aprecian su existencia por estimar demostrada la realidad de la violación de los deberes que impone el matrimonio y conducta inmoral y deshonorosa de uno de los cónyuges que produce tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hacen insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común:

a) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1582-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la causa 8ª del artículo 3º de la misma, alegada por aquél como fundamento de su demanda de divorcio, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo:

"... Que, por oficio de la Jefatura Superior de la Policía de Barcelona, de 18 de Enero de 1929, se manifiesta que a Antonia E., en 3 de Mayo de 1926, se le impuso una multa de 50 pesetas por immoralidades cometidas en su actuación como artista en "El AS"; por otro oficio de la misma dependencia, de 28 de Mayo de 1931, se comunica que hacía algún tiempo la expresada E. había vivido maritalmente con un hombre, a pesar de hallarse casada, siendo su conducta irregular y estando mal conceptuada; y en sentencia del juzgado del

distrito de la Universidad de 25 de Junio de 1931, en pleito sobre alimentos, confirmado por la Audiencia Territorial que hace constar que abandonó el domicilio conyugal y se creó vida independiente con situación contraria a la que reclama el derecho; tales documentos prueban cumplidamente que la demandada doña Antonia E., con las violaciones de deberes matrimoniales y conducta inmoral y deshonorosa que en ellos se refieren, incurrió en la causa de divorcio número octavo de la ley antes citada, debiendo ser declarada culpable conforme a lo dispuesto en el artículo 9º de la misma ley, y, por tanto, la Sala sentenciadora ha incurrido en la injusticia notoria que se le atribuye en el recurso, dando lugar a la revisión de la sentencia del modo que se deja indicar".

b: ST. I.S. de 13 de Junio de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 1113 bis, pág. 561-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada contra el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de divorcio por haberse apreciado la existencia de la causa 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegada por la esposa como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que el detenido examen de lo actuado en este pleito, acredita el acierto en que ha procedido el Tribunal "a quo" aceptando la demostrada realidad de la vida desordenada y licenciosa que el demandado con olvido y violación de los deberes que impone el matrimonio, siendo esta causa indudable de la determinación del Tribunal Tutelar de menores que acordó por unanimidad "que la menor S.R.R. hija de los litigantes, sea entregada a la madre a cuyo lado continuará en situación de tutela en vigilancia; suspenso el padre de esta menor, don J.M.R. en el ejercicio de derecho de guarda y educación sobre la dicha hija y nombrar delegada a doña B.S."

... Que lo procedente es sobrado motivo para estimar justa la pareciación del Tribunal de instancia al declarar la concurrencia de la alegada causa 8ª por estar demostrada la realidad de la conducta inmoral y deshonorosa del marido que ha producido tal perturbación en las relaciones matrimoniales que ha hecho insostenible a la esposa la continuación de la vida común, por todo lo cual procede desestimar el recurso".

c: ST. I.S. de 11 de Julio de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 1364, pág. 693-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse apreciado la existencia de la causa 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegada por el marido como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que limitado el presente recurso de revisión a la injusticia notoria por aplicación indebida de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio invocada en la demanda, procede su desestimación porque aquella injusticia que se concreta en el análisis y estimación de la prueba practicada sobre la existencia de la referida causa, no existe, sino al contrario, la Audiencia ha hecho una acertada y justa apreciación testifical por la que queda acreditado completamente que la mujer paseaba en automóvil con hombres de los que habitualmente se dejaba acompañar; que asistió a casas de mala nota y que, al salir de una de ellas, el 30 de Noviembre de 1932, fue sorprendida por su marido, originando un escándalo que fue sancionado en un juicio de faltas en el que fue condenada la hoy recurrente por sentencia firma de 1º de Febrero de 1933 a 10 pesetas de multa y a prisión por desobediencia y multa de 50 pesetas como indemnización de daños y perjuicios, todo lo cual obliga a aplicar la causa de divorcio que la sentencia recurrida declara probada".

d: ST. I.S. de 11 de Julio de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 1359, pág. 690-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del nº tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse apreciado la existencia de la causa 8ª del artículo 3º de la citada ley, alegada por el esposo como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que la atenta y escrupulosa revisión de la amplia prueba, testifical en su mayoría, que practicaron los litigantes en torno de los hechos que alegados en la demanda pudieran determinar la existencia en el caso propuesto de la causa 8ª del artículo 3º de la mencionada ley, acreditada por el contrario la cabal y justa apreciación que de las probanzas hizo la audiencia salaantina, en el fundamento 5º de la sentencia combatida; porque del aislado y objetivo examen de alguno de los aludidos hechos en que figura como protagonista

doña C.M., debidamente afirmados por el Tribunal de instancia como ciertos y evidentes, pudiera a primera vista deducirse su insignificancia o parvedad, es lo cierto que su graduación en conjunto revela en quien los produce o los provoca, o al instante no ataja los incorrectos ajenos o complacida los consiente, cuando de una mujer casada se trata, a la que además adorna la circunstancia de la maternidad, la escasa estimación que le merecen su honestidad y su decoro y el menguado concepto en que tiene su dignidad de esposa y de madre, con la flagrante violación por tanto de la fidelidad que moral y legalmente debe guardar a su cónyuge y hace patente la dudosa y crítica situación en que con su inmoral conducta coloca ante sus convecinos su propia honra, que es la de su esposo y de su hija, como de esos repetidos actos de la demanda deduce lógica y acertadamente el Tribunal "a quo" que con la despreocupación de su comportamiento social da pábulo en la ciudad en que habita el matrimonio a las sospechas mas deshonrosas del rumor público sobre la honestidad y moralidad de su conducta como mujer casada, sin duda alguna el conocimiento por el marido de tales hechos que sin culpa suya y por la de su cónyuge percuten el buen nombre del esposo, ha de haber producido en las relaciones matrimoniales de doña C.M. con don F.M.A. la perturbación que haciendo insostenible para este señor la vida en común, determina en el caso de autos la concurrencia de la causa 8ª del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 que la sentencia recurrida aprecia, y puesto que no se puede tildar, por tanto, de notoriamente injusta la resolución recurrida, procede desestimar el recurso de revisión contra ella interpuesto por doña C.M."

e: ST. I.S. de 10 de Enero de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 205, págs. 84-85-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquella como fundamento de su demanda de divorcio, siendo estimado su recurso por el I.S.:

"... Que solicitado por la actora el divorcio vincular, a virtud de diferentes causas y entre ellas la 8ª del artículo 3º de la Ley que la regula, se ha aportado oportuna prueba documental, integrada, de modo principal por los siguientes elementos:

a) Cartas del demandado a la demandante y al padre de ella, expresamente reconocidas, que demuestran que los cónyuges vivían separados de hecho y que el marido no se preocupó de tener noticias de su mujer y de sus hijos, cuando menos desde Diciembre de 1930 hasta Abril de 1931, fecha esta última en que le llevó a interesarse del paradero de aquellos, la perspectiva de que se admitiera el divorcio en la legislación patria y el propósito manifiesto de solicitarlo.

b) Cartas suscritas por la hermana del demandado y una hija de esta correspondientes a época anterior, de las que resulta ostensible la conducta viciosa e irregular del marido, que regresaba a su domicilio a las 3 y a las 4 de la madrugada, cuando no a las 9 del día siguiente y que, en vez de subvenir a las necesidades del matrimonio, gastaba en vicios y francachelas cuanto dinero llegaba a sus manos, incluso el que la familia remitía en ocasiones como regalo para las niñas.

c: Carta de los familiares de la demandante, de 3 de Julio de 1931, de la que se desprende que el marido fingía ser viudo, puesto que el padre de una mujer con la que tenía relaciones, escribió al cura párroco de Alhama de Murcia pidiéndole certificación del supuesto fallecimiento de la demandante.

... Que las indicadas aportaciones documentales acreditan plenamente la conducta inmoral del marido demandado y la violación por éste de los mas elementales deberes que impone los artículos 56 y 57 del Código Civil, cuales son el de fidelidad y el de asistencia, ya que no pueden menos de inspirar crédito los juicios severísimos que sobre la conducta del demandado formulan sus propios allegados, quienes llegan a calificarle de "tonto degenerado", y, por otra parte, los resultados de la prueba preparada por la actora no han sido contradiados ni neutralizados por ninguna probanza ni alegación contraria, puesto que el demandado no ha llegado siquiera a personarse en los autos.

... Que ante tan abrumadoras confirmaciones de la conducta culposa del marido, hay que presumir que la separación de los cónyuges no fue producto del libre consentimiento de la esposa sino consecuencia de la situación creada por los actos del esposo, y, por ende,

no cabe dar beligerancia a la causa 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio, tanto más cuanto que es jurisprudencia de esta Sala, a propósito de los casos de concurrencia de causas diversas de divorcio, que no cabe estimarlas meramente objetivas sino cuando la insuficiencia o contradicción de los resultados de la prueba impide dar virtualidad a los motivos de carácter culposos que hayan sido también alegados.

... Que la Sala sentenciadora, para desestimar la referida causa 8ª, invocada por la actora se limita a decir que de las cartas obrantes en autos y reconocidas por sus firmantes no se desprende la evidencia de la violación de los deberes matrimoniales que se imputa al marido, "por no determinarse cuáles de sus extremos sean los ciertos", fundándose sin duda, esta apreciación en que, al ser sometidas a reconocimiento de la hermana y sobrina del demandado las cartas que aparecen como suyas, expresaron que las reconocían ambas como auténticas, si bien en cuanto a su contenido, no podían responder de la certeza de ciertos hechos que sólo conocían por los datos que la demandante les daba; mas como estas salvedades, muy explicables por la situación, moralmente delicada, de las declarantes, que veían que tales documentos se agitaban en perjuicio de su hermano y tío respectivos, no pueden enervar el tono de espontaneidad con que aparecen aquellos redactados, ni cabe que se desnaturalice la prueba documental propuesta por la representación de la parte demandante que, en su escrito de proposición, solicitó del Juzgado, no que se aclarase o ratificase el contenido de las cartas presentadas, sino que simplemente se reconociese su autenticidad y la legitimidad del escrito, es indudable que, al no entenderlo así la Sala y prescindir de la resultancia clarísima de los documentos reconocidos por quienes los habían suscrito, incide en el caso de injusticia notoria a que se refiere la 3ª de las causas previstas en el artículo 57 de la ley especial tantas veces citada, siendo inexcusable, por ello, dar lugar a la revisión solicitada".

f: ST. I.S. de 16 de Noviembre de 1935 -R.J.A. 1935, Nº 2177, págs. 967-968-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de divorcio por haberse apreciado la causa 8ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por la esposa como fundamento de su demanda de separación de personas y bienes, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo:

"... Que las actuaciones del pleito ponen de relieve cual la demanda lo expuso y las pruebas lo averó la conducta altamente viciosa del demandado, en vida desordenada y licenciosa, así como la violación de cuantos deberes impone el matrimonio y como corolario, el oficio del Tribunal Tutelar de menores obrante al folio 48 del pleito, acredita habersele suspendido los deberes de guarda y educación de sus dos hijas, cuyo depósito en favor de su madre acordó dicho Tribunal evidenciando todo ello que la Sala sentenciadora hizo recta aplicación en el presente caso de la causa 8ª del artículo 3º de la repetida ley de Divorcio".

(538) "... Que el Tribunal "a quo" al declarar en la parte dispositiva del fallo recurrido no haber lugar al divorcio no incurrió en injusticia notoria, puesto que la prueba practicada dentro del juicio, limitada a la confesión de la demandada, de resultado negativo, y a la de los testigos conocedores de los hechos simplemente por referencias del marido, no constituye los vehementes indicios ni la prueba directa a que antes se hizo referencia, no pudiendo esta falta de probanza ser suplida por la preconstituida fuera del juicio, consistente en la declaración de los testigos prestada en La Paz (Bolivia), ante el Ministro plenipotenciario de España, — tres cartas de aquéllos al actor y otra a éste de la demandada, fechada en Zaragoza el 29 de abril del año que acaba de finalizar; porque para que la prueba testifical tenga eficacia se requiere, conforme al artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se verifique en audiencia pública, a presencia de las partes y sus defensas; porque las cartas primeramente aludidas carecen de verdadera autenticidad por no haber sido reconocidas por sus firmantes, y por último, porque la carta de la fecha indicada, si bien legitimada por confesión de la demandada no contiene elementos bastantes a los fines perseguidos": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1407-; "...Del examen de las pruebas practicadas en el pleito se deduce sin duda alguna que no ha justificado

el marido que la mujer haya violado ninguno de los deberes que impone el matrimonio, ni mucho menos que su conducta sea inoral o deshonrosa, ya que sólo ha alegado para apoyarla que la esposa con sus padres se dedicaba a prácticas de curanderismo y de espiritismo, lo cual, aunque se admitiera la hipótesis (no admisible) de que esto pueda constituir por sí solo un motivo bastante para fundar en ello esta causa de divorcio, no aparece demostrado suficientemente para llevar al ánimo el convencimiento de la certeza de esos hechos; toda vez que a tal fin propusieron como medios de prueba, además de la testifical, la documental pública, consistente en la aportación de antecedentes obrantes en la Comisaría de Policía, Gobierno Civil, Alcaldía de barrio, Sección de Estadística municipal, del Registro Civil y Junta de Protección a la Infancia, ninguno de los cuales se ha traído a los autos, excepción hecha de la últimamente mencionada con resultado negativo de los fines propuestos por la parte que utilizó tales medios de prueba; y sin elementos de juicio que acrediten los hechos en que se trata de apoyar la expresada causa, es indudable que debe ser desestimada: Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1498-; "... Que en el tan repetido recurso, si bien se dice "que el Tribunal "a quo" incurrió en injusticia notoria al apreciar la prueba, toda vez que hay indicios bastantes para estimar la violación de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inoral de la esposa", no se señalan cuales son esos indicios, ni se hace referencia alguna de la prueba, para de ello deducir la injusticia que se alega, mas aparte de esto, es lo cierto que, examinados minuciosamente los autos, no aparecen probados suficientes para tener por acreditada la violación de los deberes conyugales ni menos la conducta inoral por parte de la esposa, y si tan sólo desavenencias conyugales leves que motivaron la separación libremente consentida de los cónyuges por mucho menos de tres años y los celos infundados del marido, por todo lo cual es vista la improcedencia del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1717-; "... Y las apreciaciones que se hacen en el cuarto Considerando de la sentencia sobre conducta desordenada de la mujer, vida callejera y frívola, relaciones con otros hombres que traspasan los límites de la licitud y del recato que han de guardar las mujeres casadas, están tomadas de manifestaciones de testigos que refieren hechos que pueden tener distinta significación o que son de referencia o de rumor público, y todos esos cargos resultan destituidos de fundamento ante las cinco cartas del Sr. P., obrantes en los autos, cuatro dirigidas a su mujer, Isidora, y una a la hermana de ésta, en las cuales expresamente se reconoce la buena conducta de aquélla, estampándose las frases siguientes: "nunca he dudado de ti"; "que medites sobre lo que constantemente vengo indicándote para que des por terminada nuestra separación"; como nada demuestra la carta del Sr. S. contra la buena conducta de la Isidora, dada la vaguedad de sus términos, unida al hecho de que fue ella la que la entregó al marido, con lo cual demostraba claramente la falta de correspondencia a la proposición; desprendiéndose de lo expuesto la errónea apreciación de la prueba en que incurrió la Sala al declarar la existencia de la causa octava de divorcio con la culpabilidad de la mujer, que hace viable al recurso interpuesto por D<sup>a</sup> I.A. por injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 724-; "... Que siendo hechos ciertos e indubitables por la Sala sentenciadora y aseverados y no impugnados por los litigantes que los cónyuges han vivido separados de hecho, en distinto domicilio, con libres consentimientos, teniendo, la esposa, en su compañía a los dos hijos habidos en su matrimonio con el recurrido, alimentándolo y educándolo con su solo trabajo y sin el menor auxilio y protección por parte del esposo, que dejó totalmente incumplido el elemental deber de contribuir, por lo menos, a los gastos que ocasione el sustento y educación de sus hijos, es evidente que carece de fundamento e incide en grave error "de jure" y, por ende, en injusticia notoria, el Tribunal "a quo", al estimar, contra la recurrente, la causa 8<sup>a</sup> por el solo hecho de que estuviera la esposa al frente de un cafetín, que explotaba para cuidar a sus hijos, ... y en su consecuencia procede, por los motivos de que se hace mérito, revisar la sentencia recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2205-; "... Que en cuanto a la prueba testifical del marido demandante, solo declaran a su instancia tres testigos y uno de ellos la hija de él, hijastra de la demandada, mas una criada que fue del matrimonio y un comisionista de vinos, y aparte de que lo único pertinente que afirma a los efectos de la causa 8<sup>a</sup> del artículo 3<sup>o</sup> alegada en la demanda es, que la demandada tendida en un sofá y medio desnuda leía publicaciones

eróticas, ignorando los títulos, que se pintaba y flirteaba con el carbonero y el aceitero, estas manifestaciones están en pugna con las de siete testigos de la demandada, personas de calidad -Médico, propietario, Jefe de artillería y Depositario del Ayuntamiento de Algeciras- que sostienen en sus declaraciones la vida modesta y ejemplar de la mujer, y que tanto por su condición como por la razón de ciencia propia que dan sobre los hechos que declara, debe concedérseles por lo menos tanta veracidad como a los del marido y ni aún dándoles mayor credibilidad podría estimarse injusticia notoria en la sentencia, tal como esta Sala viene definiendo la mencionada injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1031-; "... Ni del examen de las contestaciones dadas por la mujer a las posiciones del marido ni de la prueba testifical se deducen desamparo alguno por parte de ella ni violación de deberes matrimoniales, ni conducta inmoral y deshonorosa de la mujer, porque en cuanto a la confesión sólo afirma dos hechos: uno, que aportaba al mes doscientas cincuenta pesetas de su sueldo para levantar las cargas del matrimonio, si bien ganaba más; y otro, que si bien intervenía en actos políticos con ánimos de conseguir un puesto en la directiva de Izquierda Catalana y llegar a ser concejal de Barcelona, era acompañada de su esposo y para obtener mas ingresos en la casa, y en cuanto a la declaración de los testigos, de todas las preguntas del interrogatorio únicamente son pertinentes la 8ª y 9ª y si bien contestando a ellas, hay testigos que afirman que una noche -sin precisar fecha- quiso ella ir al cabaret "La Criolla" en el barrio chino de Barcelona, añade que estaba con su marido y que este se impuso y no fue, aunque se originara el consiguiente escándalo, y si otro testigo declara que la mujer fue a casa de S., lugar de invertidos, también afirma que lo hizo acompañada de su marido, sin que del resto de las declaraciones se deduzca tampoco la conducta inmoral y deshonorosa de la mujer e imputable sólo a ésta, para fundar en ella como éxito una causa de divorcio, por lo que la injusticia notoria fundamento de este motivo, debe rechazarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1520-; "... Que también la demanda se apoya en la causa 8ª del mencionado artículo y en ella a este efecto, se alega la conducta inmoral y deshonorosa del marido producida según dice, por actos de disipación y orgía, atribuyéndole el hecho de frecuentar el trato de mujeres de vida airada, sin recatar la compañía de estas ni aún en la vía pública, debiendo ser desestimada también esta causa de divorcio en el aspecto indicado, porque la prueba que se aportó en justificación de los relatos extremos, ha resultado débil, imprecisa y de vagos contornos, sin que por ello sirva para acusar con la necesaria eficacia, ese proceder moral que por otra parte se desvanece en la lejanía del tiempo, al situarlo en época casi coetánea a la fecha del matrimonio celebrado en el año 1913 y desde luego anterior al año 1926, lo que contribuye también a restar a la prueba, aquella concreción indispensable, para ser debidamente valorada; sin que tampoco deba prevalecer el recurso en cuanto atañe a la supuesta violación atribuida al esposo del deber de fidelidad que el matrimonio impone y causada por el trato carnal que se dice habito entre el demandado y la hermana de su mujer doña J.C., porque este hecho averado tan sólo por la propia doña J., sin que aparezca existir una razón poderosa e irresistible que a ello la oblique, aun a trueque de perder su reputación y fama y por la hermana de ésta y la hija de los litigantes que no vacilaron en dejar así maltrecha la honorabilidad de dicha señora, sin un imperioso motivo que lo justifique, y a pesar del parentesco que las une, no fue apreciado por el Tribunal de instancia, sin duda teniendo en cuenta estas consideraciones y las circunstancias que en tales testigos concurren, pues una y otras en la ocasión de autos analizadas a la luz de la sana crítica, hacen pensar en que los referidos testigos se conducen movidos por el interés particular del litigante que los presenta, quitando ello a sus dichos toda fuerza probatoria sin que este razonamiento signifique olvido o colculcación de lo dispuesto en el párrafo según el artículo 51 de la Ley de Divorcio, atendible, siempre que las aseveraciones testificales a que alude, ofrezcan un contenido lógico de veracidad, por todo lo cual y no dándose la injusticia notoria alegada, procede desestimar el recurso ": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia, 1936, Aranzadi, 160-; "... Que el certificado de nacimiento, que se acompañó a la demanda, no es elemento probatorio suficiente, por sí solo y respecto al particular que se examina no se ha propuesto ninguna otra clase de prueba para justificar la existencia de la causa octava del artículo 39 de la Ley de régimen pues ello conduciría a hacer declaraciones sobre el estado

civil de las personas que deben solicitarse, mediante la acción oportuna, en procedimiento distinto al que se sigue en esta litis, por lo que procede desestimar la demanda en lo que respecta a la existencia de la mencionada causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 245-; "... Que el motivo segundo de dicho recurso se limita a sustituir el criterio recto de la Sala por el interesado del recurrente, puesto que ni resulta de las actuaciones que la demandante se dedicase a designar sistemáticamente al marido, en sus conversaciones con el vecindario, y en todo caso sería fácil acoplar este comportamiento dentro de la conducta inmoral o deshonrosa a que alude la causa octava del artículo 3º de la ley, única invocada por el recurrente en su reconvención": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia de 1936, Aranzadi, 968-; "... Y, por lo que atañe a la causa octava, no supone infracción de las reglas de la lógica el razonamiento de la Sala sentenciadora al suponer que el hecho de haber ejercido la actora su profesión de practicante en la ciudad de Huesca, curando a los hombres enfermedades venereas, debió ser conocido y tolerado por el marido, dado el reducido número de habitantes de la población": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1131-.



7.10. "La enfermedad contagiosa y grave de caracter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo": Causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio (539):

7.10.1. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número 9º del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluíbles en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califican de culposos por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que, al descansar en actos voluntarios, imputables al que los realiza, sea jurídicamente inadmisibile que se otorgue virtualidad a cualquiera de los motivos del divorcio o separación comprendidos en el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio sin declarar culpable a quien se le fue atribuido, pues, dada su naturaleza subjetiva, es secuela ineludible la declaración de culpabilidad del cónyuge incurso en los mismos.

(539) Esta causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio coincide en su redacción con el texto de la causa 9ª del artículo 3º del proyecto de ley de Divorcio, causa 9ª del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

a: Un voto particular, que se leyó anunciándose que pasaría a la Comisión en la Sesión del día 27 de enero de 1932 -NUM. 106-, de los Sres. Villanueva y Alvarez proponía la siguiente variación a esta causa:

Los Diputados que suscriben, lamentando disenter del parecer de sus compañeros, formulan el siguiente voto particular al dictamen de la Ley de Divorcio:

Art. 3º: Se harán las siguientes variaciones y adiciones:

9º: Suprimir la palabra "grave" del texto del dictamen.

Palacio de las Cortes, 27 de Enero de 1932. Justo Villanueva.- Basilio Alvarez: DIARIO DE SESIONES: APENDICE 2º AL NUM. 106.

Leído por segunda vez en la sesión del día 10 de Febrero de 1932 -NUM 114-, el Sr. Villanueva retira el voto particular: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3736.

b: Una enmienda, que se leyó por primera vez y pasó a la Comisión en la Sesión del día 26 de Enero de 1932 -NUM. 105-, del Sr. Juarros proponía una nueva redacción de esta causa 9ª:

Los diputados que suscriben tienen el honor de proponer que el artículo 3º del proyecto de la ley de Divorcio, sea redactado como sigue:

9º: "Cualquier enfermedad incurable susceptible de imposibilitar la vida en común o de causar graves daños, fáciles de prever, a la descendencia".

Palacio de las Cortes, 23 de enero de 1932. Cesar Juarros.- José Luis Martín de Antonio.- Ángel Torres.- Manuel Hilario Ayuso.- Antonio Royo Villanova.- Eduardo Barriobero: DIARIO DE SESIONES: APENDICE 1º al NUM. 105.

Leída por segunda vez en la sesión del día 10 de Febrero de 1932 NUM 114-, al no ser aceptada por la Comisión, interviene en defensa de la Enmienda por él suscrita el Dr. Juarros que alega como razón para su admisión la no limitación de las enfermedades causas de divorcio a las venereas, pues hay otras muchas enfermedades que no tienen tal caracter tan repugnante y de consecuencias tan graves como pueden tener las enfermedades venereas:

"... El espíritu de esta enmienda obedece al criterio de que no hay por que limitar las causas de divorcio a las enfermedades venereas, puesto que existen otras muchas transmisibles que no tienen tal caracter, alguna disfrutó recientemente de actualidad política en España, como resultado de afectar a una familia conocidísima. Existen varias dolencias donde sábase plenamente que el enlace matrimonial ha de tener por consecuencia el nacimiento de hijos invalidos por una enfermedad terrible, cruel, dolorosa. Se me podrá objetar que cabe la solución de la esterilidad voluntaria, pero hay muchos hombres y muchas mujeres sanos con perfecto derecho al goce sagrado de la paternidad o de la maternidad.

Hay infinidad de enfermedades que sin ser venereas presentan un caracter tan repugnante y tan desagradable que, de no intervenir una alta tensión sentimental o un elevado espíritu de abnegación, es difícil que permita la paz espiritual necesaria para que el matrimonio no se simplemente un rito y tenga el carácter de colaboración espiritual que le corresponde. Por todo ello creo que las enfermedades causa de divorcio no deben limitarse a las venereas. No hay razón para proceder así omitiendo otras tan repugnantes, tan contagiosas, que además pueden producir resonancias patológicas, inutilizadoras para la felicidad a unos hijos inocentes. Evítese, por medio del divorcio, que se plantee el problema a un matrimonio de optar entre la esterilidad voluntaria o dar vida a unos seres condenados de antemano a enfermedades que les imposibilite para luchar en la vida".

En nombre de la Comisión, interviene el Sr. Sapiña que declara no tendrfa inconveniente en aceptar la enmienda del Sr. Juarros si fuera resultante de un principio objetivo de caracter general de la voluntad de uno de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, más, no existiendo ese criterio de objetividad, no encuentra el Sr. Sapiña ningun motivo para ampliar la orientación del proyecto de ley de divorcio:

"... La Comisión no puede aceptar la enmienda del Sr. Juarros por razones de distinta índole. En primer lugar, nosotros declaramos, yo por lo menos, que se aceptaría esta enmienda del Sr. Juarros si fuera resultante de un principio de caracter general objetivo, en el cual mediara la voluntad de uno de los cónyuges para disolver el matrimonio. Pero, no existiendo ese criterio de objetividad, vamos precisamente a ampliar la orientación del proyecto en uno de los puntos en que una razón sentimental puede ser la fuerza para que el divorcio no se provoque?. ¿Vamos únicamente a admitir amplitud en el proyecto de ley de Divorcio para que uno de los cónyuges, cuando se sienta enfermo no pueda atender a las obligaciones matrimoniales, se vea abandonado por el otro, no obstante necesitar mas de sus cuidados?. Más todavía: ¿vamos a ir a establecer como causa de divorcio la enfermedad de uno de los cónyuges, adquirida precisamente por trabajar, por esforzarse en los desvelos y en los cuidados familiares, en atender a los hijos y a las comodidades del hogar?.

Nosotros no tendríamos inconveniente en aceptar ésto como causa de Divorcio cuando, como he dicho antes, fuera resultante de un principio objetivo de caracter general de la voluntad de uno de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial. Esto no es constitucional, ni la orientación del proyecto, y habiendo restricciones para todo lo demás, no vamos a admitir amplitudes para esto, que sería lo único, quizá, que repugnara en todo momento para que concedieramos el divorcio".

Insistiendo en sus argumentos, interviene de nuevo en la discusión de su enmienda el Sr. Juarros:

"... Es para mí doloroso, no puedo menos de decirlo, oír que la defensa de la causa de unos hijos, que pueden nacer enfermos por enfermedad de los padres, no resulte razón suficiente para modificar ligeramente una Ley. No he hablado de los casos en que el esposo

adquiere una enfermedad luchando terriblemente por llevar pan a su casa. No es esto. He hablado de la existencia de enfermedades, con las que se nace, que no se adquieren en la lucha por el pan cotidiano, sino que se sabe que van a transmitirse a los hijos, haciéndoles desgraciados (El Sr. Fernández Clérigo: Eso se ve antes). ¿Ignora el Sr. Fernández Clérigo el caso antes citado. ¿No sabe el Sr. Fernández Clérigo que unos señores de la Comisión (a mí la Comisión pareceme siempre la misma, por ser idéntico, también siempre, su espíritu) se opusieron al establecimiento del certificado prematrimonial, capaz de resolver estos casos en la práctica?. Ahora, antes del matrimonio, ¿no cabe intervención médica?

Lo único pretendido por mí es que sea considerada causa de divorcio que el esposo o la esposa adquieran el convencimiento de que sus hijos van a ser desgraciados y no se presten, por abnegación o por amor, a ser estériles voluntarios o a engendrar hijos de esta clase. Claridad meridiana. cuando se trate de una enfermedad, curable o no curable, pero adquirida por el cónyuge después del matrimonio, es distinto; se planteará un problema de que no hablo ahora. Hay enfermedades no venereas que deben estimarse motivo de divorcio. Parece sostener la Comisión el criterio de que siempre que se adquiere una enfermedad venerea es el lances donjuánísticos, y se adquiere también en sitios sagrados, como los hospitales y fuera de ellos, de modo completamente honestos: las adquieren los médicos, y los viajeros que beben en vasos mal limpios. Si se admiten las enfermedades venereas, ¿porque no admitir las que no sean venereas?. ¿Porqué tal exclusivismo?

Este era mi propósito; y para evitar una votación, que me sería desfavorable, despues de lo dicho para que pase al Diario de Sesiones, retiro mi enmienda aunque firme en mi criterio".

Retirada la enmienda, y para tranquilizar al Sr. Juarros, interviene el Sr. Sapiña para decir que sobre el primer punto que planteaba el Sr. Juarros hay una enmienda del Sr. Sanchis Banús a la causa decima, aceptada por la Comisión, que prevee este caso referente a las enfermedades que se ocultan culpablemente al celebrarse el matrimonio y que pueden redundar en perjuicio de los hijos, enmienda que no era conocida por el Sr. Juarros: Discusión de la enmienda del Sr. Juarros, Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3736-3737.

c: Una enmienda, que se leyó por primera vez y pasó a la Comisión en la sesión del día 5 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, del Sr. García Becerra proponía una nueva redacción de esta causa 9ª:

Los diputados que suscriben tienen el honor de someter a la deliberación de la Cámara la supresión de la causa 9ª del artículo 3º del dictamen de divorcio de las siguientes palabras: "contraída en relaciones sexuales", quedando la causa redactada en la forma siguiente:

9ª: "La enfermedad contagiosa y grave de carácter venereo adquirida fuera del matrimonio y después de su celebración y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo".

Palacio de las Cortes, 5 de Febrero de 1932. Manuel García Becerra.- Miguel Granados.- Felix Gondón Ordás.- Joaquín Pérez Madrigal.- José Díaz Fernández.- José Luis Martín de Antonio.- Fernando Valera: DIARIO DE SESIONES: APENDICE 1º AL NUM 112.

Leída por segunda vez en la Sesión del día 10 de Febrero de 1932 -NUM 114-, el Sr. García Becerra la retira: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3737.

7.10.2. Causas o motivos de separación comprendidos en el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

El número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio comprende dos causas o motivos independientes de divorcio o separación:

a) "La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración".

Son requisitos exigidos por este motivo de divorcio o separación comprendido en el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Primero: La indudable existencia de una enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo.

Segundo: Que la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo se haya contraído en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración.

b) "La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída antes de la celebración del matrimonio, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo".

Son requisitos exigidos por este motivo de divorcio o separación comprendidos en el número noveno del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Primero: La indudable existencia de una enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo.

Segundo: Que la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo se haya contraído antes de la celebración del matrimonio y hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

7.10.2.1. La existencia de una enfermedad "contagiosa" y "grave" de carácter venéreo como requisito exigido por esta causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Inadmisibilidad de la tesis que basa la existencia de esta causa de divorcio o separación en la necesidad del contagio en el cónyuge inocente:

Aun cuando el contagio al cónyuge inocente de enfermedad grave de carácter venéreo es prueba concluyente de la existencia de una enfermedad eminentemente contagiosa de tal carácter, de ello no puede deducirse la necesidad del contagio para la existencia de esta causa de divorcio o separación, pues la finalidad de la misma es, precisamente, evitar posibles contagios y las consecuencias gravísimas que de ellos pueden derivarse: De ahí que reputemos errónea la tesis que basa en la necesidad del contagio la existencia de esta causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio (540), pues esta condición no aparece ni de la letra ni del espíritu de la Ley que sólo exige la existencia de una enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo.

Una impugnación seria de esta doctrina la encontramos en Fernando Suarez de Figueroa:

"... Al discurrir por las restantes causás de divorcio obliga a detenerse en ella la que trata de las enfermedades de carácter venéreo. Esta causa pretende evitar posibles contagios y las consecuencias gravísimas que de ellos pueden derivarse. He oído criterios distintos sobre la interpretación de esta causa, y ha llamado mi atención el basado en la necesidad de contagio para la existencia de aquélla. El precepto dice que la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo, es causa de divorcio. La primera parte de esta causa comprende: 1º, la existencia de la enfermedad con caracteres graves y contagiosos; 2º, que se haya contraído después del

matrimonio y en relaciones sexuales extraconyugales. ¿Es preciso o no es preciso que exista contagio en el cónyuge inocente para que surja la causa de divorcio?. No aparece por ningún lado esta condición, sino que, por el contrario, sólo exige la existencia de la enfermedad grave y contagiosa y su adquisición extramatrimonial, y siendo así, basta el hecho de que la enfermedad exista con tan alarmantes caracteres y su origen extraconyugal, para que el otro cónyuge pueda fundamentar su demanda. Lo contrario, no sólo no se amoldaría a la letra y al espíritu de la Ley, sino que sería una exigencia punible de la ley misma, ya que si el conocimiento de la existencia de la causa no bastara sin el contagio del cónyuge inocente se convertiría a éste en víctima del cónyuge enfermo y en víctima de la Ley, sobre no defender la salud pública, ordenaría que se cometieran delitos contra ella al exigir el contagio en lugar de evitarlo.

La segunda parte de este precepto se refiere a la enfermedad contraída antes del matrimonio que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo. Al interpretar esta cláusula he de conceptuar erróneas las consecuencias que de ella derivan quienes creen necesaria la existencia del contagio culposo para que pueda nacer la causa de divorcio, exponiendo las teorías conocidas sobre consciencia o inconsciencia de la causa y previsión o imprevisión del efecto. La ley votada en Cortes no trata del contagio sino que se refiere a la enfermedad contraída antes del matrimonio; de modo que la causa de divorcio no es la existencia del contagio (cuya exigencia sería una monstruosidad incomprensible de la ley), sino la existencia de la enfermedad con caracteres graves y contagiosos contraída antes del matrimonio y ocultada culposamente al otro cónyuge, o sea, ocultada al cónyuge sano sin propósito doloso, sin intención de transmitir sela. Existiendo la enfermedad con los caracteres citados y existiendo la ocultación culposa, existe la causa de divorcio aunque no se hayan conocido carnalmente los cónyuges. Pero, ¿y si existiendo la enfermedad grave y contagiosa contraída antes del matrimonio no se oculta al otro futuro cónyuge

ge? ¿Puede alegarse como causa de divorcio por el cónyuge que contrajo matrimonio con el enfermo a sabiendas de que lo estaba?. Entramos dentro del área de saber si el consentimiento del que indudablemente ha de ser contagiado priva a éste de todo derecho a la acción. Dentro del terreno penal, el delito de contagio debe ser perseguido, y lo es en muchas legislaciones, como atentado a la salud pública, pero cuando el contagio es entre cónyuges suele precisar querrela de contagiado. Más el caso de consentimiento a la celebración del matrimonio por el cónyuge sano sabiendo la existencia de la enfermedad en el otro, ¿impide la acción penal y la de divorcio?. Es indudable que la acción en cuanto al hecho punible debe ser pública y contra los dos, porque los dos son autores de un delito de contagio y por la razón poderosa de que no sólo ellos sino la descendencia sufre las consecuencias de su conducta, y puede, quizás, extenderse el mal por medio nutriticio o por otros procedimientos extrasexuales. En cuanto a la acción para instar el divorcio no se desprende de la ley votada últimamente que pueda entablarse, porque sólo la autoriza cuando la enfermedad venérea es grave y contagiosa, anterior al matrimonio y ha sido oculpada culposamente al otro cónyuge" (541).

b) Alcance y significado del requisito exigido por ésta causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio de que se trate de una enfermedad de carácter venéreo contagiosa y "GRAVE":

El alcance y significado de este requisito de la "grave dad" de la enfermedad contagiosa de carácter venéreo varía según haya seguido o no a la existencia de la misma el contagio del cónyuge inocente: Si no hubo contagio al otro cónyuge, la calificación de "grave" de la enfermedad contagiosa de carácter venéreo ha de determinarse apriorísticamente, según los efectos y consecuencias que pudieran haberse derivado de la misma para el cónyuge inocente y la descendencia; si, por el contrario, se produjo el contagio, la calificación apriorística de la gravedad de

la enfermedad contagiosa de carácter venéreo cede en importancia a los efectos y consecuencias del contagio en el otro cónyuge o la descendencia (542).

(540) A esta teoría que basa en la necesidad del contagio la existencia de la causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio parece adscribirse el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 14 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 341-, mas creemos que en la misma se trata de un problema de prueba, pues, naturalmente, si a la existencia de la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo sigue el contagio del cónyuge inocente se resuelven, en el orden procesal probatorio, muchos de los problemas de derecho matrimonial, mas no por ello cabe confundir ambos aspectos: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de divorcio por no haberse apreciado la causa 9ª del artículo 3º de la misma, alegada por aquella con fundamento de su demanda de divorcio, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por no ofrecer la prueba elementos suficientes de convicción -causa esencial de su desestimación- y porque, habiendo sostenido la recurrente que su esposo padecía una enfermedad contagiosa, ello no obstante, no llegó a sufrirla la esposa -afirmación que hay que relacionar con la primera de falta de elementos probatorios-:

"... Que por la desestimación de las causas que sirvieron de fundamento a la demanda, en especial por las cuarta, séptima, octava y novena, sostienese en el recurso que el Tribunal de instancia incurrió en injusticia notoria, olvidando que para que aquel pueda prosperar requiérese evidencie el error palmario del juzgador bien no dando a los hechos probados su propio lógico significado, bien haciendo indebida aplicación de las normas legales, pero en este caso, adviértese en la sentencia un criterio acertado y recto al valorar las pruebas y aplicar el derecho, en relación con las causas de divorcio alegadas en la demanda,... la cuarta y la séptima porque la prueba no ofrecía, cuál lo aprecia la Sala sentenciadora, elementos suficientes de convicción al igual que la novena, y por el desacuerdo que presentaban los contrapuestos pareceres médicos y porque además tratándose de enfermedad eminentemente contagiosa como la que se sostenía haber padecido el marido, ello no obstante, no llegó a sufrirla la esposa, según lo acredita el certificado facultativo que obra en autos".

(541) Suarea de Figueroa, Fernando: Comentarios al divorcio votado en Cortes: Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, Tomo LXVI, págs. 211-212, Centro Editorial de Góngora, M. 1932.

(542) "... Que declarado por el Tribunal de Instancia, sin que se demuestre palmaria equivocación en sus aseveraciones, que el marido demandado contagió a su esposa una enfermedad venérea contraída antes de la celebración de su matrimonio, ocultándola culposamente, a aquellas, al tiempo de celebrarlo, no es preciso ni esencial para pronosticar de grave aquel estado patológico, el determinar apriorísticamente, si la infección blenorragica merece o no aquel calificativo, sino atendiendo el hecho concreto objeto de la litis, examinar su importancia, valorizarlo por sus efectos y consecuencias y resolver si, en definitiva encaja o no en la hipótesis que establece el número noveno del artículo 3º de la vigente ley sobre divorcio; y como la Sala sentenciadora, con evidente acierto, apreciando los distintos elementos probatorios causados en juicio (confesión de las partes, testigos, documentos, informes periciales y entre estos un dictamen de la Academia Nacional de Medicina) obtiene la convicción y así lo declara, sin que debidamente se impugnen sus asuntos, de que por la intensidad del mal inoculado y demás circunstancias que concurren el caso de autos debe reputarse grave la enfermedad venérea que don P.S. contagió a su esposa doña M.L.S., no incide en la injusticia notoria de que se le acusa en el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1038-.



7.10.3. "La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración":

Este motivo de divorcio o separación comprendido en el número 9º del artículo 3º de la Ley de Divorcio exige se acredite por el cónyuge que lo aduce, aparte de las demás condiciones que establece la causa de que se trata, y como requisito esencial, que la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo se contrajo por el cónyuge contra el que la misma se alega en relaciones sexuales fuera del matrimonio después de su celebración (543) y, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Enero de 1935 y 10 de Enero de 1936 (544).

---

(543) Por no acreditarse los extremos requeridos por éste motivo de divorcio o separación comprendido en el número 9º del artículo 3º de la Ley de Divorcio, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 28 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2193- desestima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia por no haberse apreciado la existencia de la causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por aquella como fundamento de su demanda de divorcio:

"... Que la recurrente funda esencialmente su pretensión de que se revise por injusticia notoria la sentencia recaída en cuanto rechaza las causas de divorcio 9ª y 13ª del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 que contra su esposo adujo en la demanda inicial del pleito, en que se considera un hecho cierto y comprobado que la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo a que se refiere la primera de las citadas causas la contrajo el esposo demandado en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de la celebración, sin demostrar el patente y palmario error en que haya incurrido el Tribunal "a quo" al declarar, contrariamente, que, aquella enfermedad la adquirió, el marido con anterioridad al matrimonio sin que, culposamente, la ocultara a su esposa, limitándose, la recurrente a discurrir y razonar sobre supuestos que no tienen concreción en las actuaciones y, solamente, denotan el criterio particular e interesado de la actora opuesto al imparcial que se revela en el fallo".

(544) "... Que alegada igualmente en el pleito por doña M. de la C. que, en uso del matrimonio volvió a contagiarse su marido a primeros del año 1928 otra enfermedad específica más grave que contrajo en relaciones sexuales fuera de aquél, la revisión de la prueba acerca de este otro extremo de la demanda acredita que según certificación facultativa reconocida que obra en los autos en el mes de diciembre del citado año 1928 fue diagnosticada serológicamente en doña C.M. la indicada enfermedad y asistida de ella en una clínica médica con vista del resultado positivo que en la paciente produjo la reacción Wassermann aplicada previamente por otro facultativo; y como lo expuesto confirma de un modo cumplido las manifestaciones hechas por la madre y por la abuela materna de la demandante acerca de tan íntimas particularidades acaecidas en el matrimonio de su descendiente, y, por otra parte, la conducta del marido demandado que no quiso comparecer a defenderse en el pleito abona lo por dichas señoras afirmando al declarar en los autos de que don J.B. nunca negó la realidad del contagio a su esposa de la referida enfermedad e incluso manifestó que como la causa alegada por su mujer era rigurosamente exacta, por ello no se oponía al divorcio que pretendía, y aquel mismo sujeto, aunque al absolver posiciones negó que hubiera contagiado de avariosis a su esposa, lejos de haber

acudido al pleito a su tiempo para acusar a su cónyuge demandante en ardiente repulsa de tan infamable acusación, limitase en su confesión a afirmar tranquilamente y ex cátedra, siendo chófer de profesión, que la repetida enfermedad es de fácil contagio, pudiendo conseguirse éste incluso bebiendo un vaso de agua, pueril protesta ante la grave acusación que sobre él pesaba en el pleito, la racional apreciación de tan extravagante proceder del demandado D.J. unida a la de las anteriores indicadas pruebas practicadas en el pleito realizada igualmente con arreglo a los dictados de la razón y de la lógica, evidencia a todas luces el error padecido por el Tribunal "a quo" al ponderar las probanzas existentes en los autos respecto de los mencionados hechos y la injusticia notoria en que, en su consecuencia, incidió el fallo recurrido por lo que procede estimar por el indicado motivo el recurso interpuesto por doña M.C.": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 202-; "... Que alegada en la demanda entre otras causas de divorcio, la novena del artículo 3º de la Ley que la regula, confiesa paladinamente don V.M. al contestarla, que con motivo de haber marchado su esposa al domicilio de su madre, donde permaneció sobre unos 5 meses separada de él, tuvo que buscar fuera de su hogar la satisfacción de necesidades fisiológicas que la naturaleza humana impone y que durante ese tiempo, contrajo una enfermedad blenorragica que es posible transmitiera a su mujer cuando ésta volvió a su lado y como por declaración testifical del médico Sr. Aguado que asistió a la actora así como prueba pericial, se acredita la indudable existencia de la enfermedad contagiosa de carácter venéreo que la demandante padece y su gravedad, procede dar lugar al divorcio vincular solicitado, declarando la culpabilidad del marido, por la causa que se estudia ya que, al efecto, se dan todos los requisitos que ésta exige y sin necesidad por tanto de entrar en el examen de las demás propuestas, causa que se alega, no en el sentido de afrenta y daño físico como estima la Sala sentenciadora sino con el valor y significación que peculiarmente le atribuye la ley, por lo que es vista la injusticia notoria en que incurre aquella al dictar su fallo y que atrae como consecuencia la revisión del mismo con imposición de costas al marido, en su calidad de litigante vencido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 50-.

7.10.4. "La enfermedad contagiosa y grave de caracter venéreo, contraída antes de la celebración del matrimonio, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo":

Este motivo de divorcio o separación comprendido en el número 9º del artículo 3º de la Ley de Divorcio exige se acredite por el cónyuge que lo aduce, aparte de las demás condiciones que establece la causa de que se trata, y como requisito esencial, que maliciosa o culposamente ocultara el cónyuge contra el que la misma se alega la realidad de su enfermedad al tiempo de celebrarse el matrimonio (545), no pudiendo, en consecuencia, haber lugar al mismo en los supuestos en que el cónyuge inocente conociera al tiempo de contraer matrimonio la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo que padeciese su futuro consorte, o viniendo a este conocimiento con posterioridad a la celebración del matrimonio le otorgare su perdón (546).

---

(545) De no acreditarse esta esencial condición de ocultación maliciosa o culposa al otro cónyuge de enfermedad contagiosa y grave de caracter venéreo contraída antes de la celebración del matrimonio, con las demás que se desprenden del contenido de este motivo de divorcio o separación comprendido en el número 9º del artículo 3º de la Ley de Divorcio, procede su desestimación y, en este sentido, la constante doctrina jurisprudencial: "... Que aducida en la demanda exclusivamente la causa novena del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 con la base expresada de padecer el esposo la enfermedad específica contagiosa desde mucho tiempo antes del matrimonio y haberla ocultado, es lo cierto que no se aportó elemento alguno de prueba que permita inferir la época más o menos próxima en que el marido pudiera haber contraído la enfermedad; y por ésto cuando además constan celebradas las nupcias en 1923 no hay medio hábil de entender que el padecimiento, precediera al matrimonio; razón por la cual al decidir la Sala de instancia la invirtualidad de aquella causa procedió justamente": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 1253- "... Que es evidente la injusticia notoria en que incurre el Tribunal "a quo" al decretar el divorcio de mérito y declarar culpable del mismo al cónyuge don A.M., estimando las causas primera y novena de la ley de régimen, alegada, con otras, por la demandante doña C.R., ...y en cuanto a la segunda de las causas aducidas se refiere, porque, aun admitiendo la existencia del contagio de la enfermedad, no se demuestra que fuera ocultada culposamente a la cónyuge recurrida al tiempo de celebrarse el matrimonio, sino que la Sala declara, y solo en esta resultancia procesal se basa para apreciar la culpa y negligencia del demandado, en que éste indicó a los doctores que asistieron a su esposa con posterioridad a su matrimonio que no le dijeran a ella el verdadero carácter del mal que padecía, sin que, de lo actuado se demuestre que maliciosa o culposamente, ocultara la realidad de su enfermedad al tiempo de efectuar su matrimonio esencial condición para que, con las demás que establece el número 9º del artículo 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, surja la causa de divorcio que se examina y, por el contrario documentalmente, en lo actuado, se comprueba que el recurrente, y su esposa, fueron objeto de un análisis médico a efectos eugenésicos, siendo autorizado el demandado para contraer matrimonio, porque, a juicio del facultativo que le reconoció, se encontraba en condiciones

físicas y sanitarias para ello, sin que pueda ponerse en duda la veracidad del reconocimiento y del contenido del certificado, obrante en autos, que le acredita, toda vez que la misma parte actora que, en el acto de la vista les tacho de falsas, admitió su certeza según se desprende del contexto de la pregunta novena del pliego de posiciones que formuló y presentó en el periodo de prueba: Que por lo expuesto, y apareciendo de un modo manifiesto y claro el evidente error "de jure" en que incide el Juzgador de instancia, procede dar lugar al recurso de revisión que, por injusticia notoria, deduce el demandado don A.M., absolviéndole de la demanda, que contra él interpuso su esposa doña C.R., sin hacer especial declaración sobre costas, dadas las circunstancias que concurren en los hechos que se enjuician": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 489-.

(546) "... Que la sentencia recurrida conforme al número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, declaró no haber lugar al que fundado en las causas 9º del artículo 3º de la misma solicitó contra su marido doña M. de la C. por entender que la demandante no había probado el fundamento de la indicada causa; pero es lo cierto que ésta se refiere a su contenido a dos épocas completamente diferentes en cuanto al tiempo para que pueda darse su concurrencia; y que, si con la relación al segundo de sus supuestos, aunque por la revisión de la prueba se acreditase que el raspado que tuvo que sufrir en septiembre de 1927 dicha señora fuera por consecuencia de la blenorragia que padecía don J.G. cuando el día 31 de julio de 1921 contrajeron ambos matrimonio, doña C.M. reconoce en su demanda que no obstante aquella enfermedad contagiosa que en la época de su primer parto descubrió en su marido, continuó conviviendo con él del que posteriormente tuvo dos hijos más, lo cual indica que desde luego le había otorgado su perdón por el contagio de que había sido objeto por parte de su esposo y que no pudo ahora, a mediados del año 1933 de la fecha de su demanda alegar como causa actual para el divorcio aquella situación de hecho bajo la que al decir de la demandante, celebró y consumó su matrimonio con D. J.G. en el mes de Julio de 1921, por lo que no puede estimarse este motivo de revisión que adujo la recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 202-.

7.10.5 Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número 9º del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en la misma, pues el repeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquellos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquél trámite: De ahí que no pudiera apreciarse esta causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio si no se hubiere alegado en la demanda o reconvención ninguno de los motivos de divorcio o separación comprendidos en la misma (547).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (548), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por estas causas de divorcio o separación lo constituía la necesidad que la parte

que hubiere alegado en los fundamentos de derecho en su escrito de demanda o reconvención como causa de divorcio o separación por ella interesado la novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, especificando y detallando en lo hechos de su demanda o reconvención aquellos hechos que pudieran ser determinantes respecto del cónyuge contra el que la misma se alega de los supuestos previstos en ella, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular ninguna prueba dirigida a demostrar los supuestos previstos en la causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuya concreción no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvención.

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvención determinante de los supuestos previstos en la causa novena del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o separación de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvención determinantes de los supuestos previstos en la causa novena del artículo 3º de la ley de Divorcio, procediendo, en consecuencia, su desestimación cuando de la prueba practicada en el pleito no aparezca que la enfermedad contagiosa y grave de caracter venéreo padecida por el cónyuge contra el que se invoca la causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio se contrajese por el mismo en los términos que requiere este precepto (549).

---

(547) "... Pero es lo cierto que ni resulta evidenciada la palmaria contradicción entre la resultancia de los autos y la apreciación del juzgador, que sería precisa para dar paso a la recepción, ni siquiera cabe admitir que pudieran ser viables los motivos culposos de divorcio que invoca en su escrito la parte recurrente, ya que la causa novena no puede entrar en jurgo, al no haber sido aducida por la demandante con oportunidad y si sólo en la contestación a la reconvención del demandado...": ST. del T.S. 3 de Enero 1935 -R.J.A. 1935, Nº 190-.

(548) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(549) En este sentido, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

a) ST. I.S. de 31 de Mayo de 1933 -R.J.A. 1932-1933, Nº 1721, págs. 697-698-: El recurso de la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no barse apreciado la existencia de la causa 9ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquélla como fundamento de la demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo porque de los hechos resultantes de la prueba no se deriva la existencia de ninguno de los motivos de divorcio o separación comprendidos en la citada causa 9ª:

"... Que la Sala sentenciadora no ha infringido precepto legal alguno ni ha apreciado la prueba practicada, quebrantando palmariamente, las leyes de la lógica racional al establecer los hechos en que se funda la desestimación de las causas de divorcio alegadas en su demanda por la recurrente; toda vez que por el Tribunal "a quo" se razonan cumplidamente y con acierto los hechos resultantes de la prueba, de los que no se deriva la existencia de la enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, en que fundó su petición de divorcio, no habiéndose intentado siquiera, como hubiera sido necesario para que prosperasen sus pretensiones respecto a la segunda de dichas causas, si la supuesta enfermedad la contrajo, el esposo de la recurrente, antes del matrimonio y fue ocultada culposamente a la que recurre, o si la contrajo después por relaciones fuera del matrimonio como exige y determina el contenido de la causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio".

b) ST. I.S. de 23 de Febrero de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 286, págs. 140-141-: El recurso de la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no barse apreciado la existencia de la causa 9ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquélla como fundamento de su demanda reconvenional de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por no haberse justificado los extremos requeridos por la citada causa:

"... Y lo propio hay que reconocer en lo que se refiere al otro motivo o causa de revisión que se alega, queriendo apoyarla en una supuesta enfermedad venérea que se dice que el marido contagió a su mujer y que el recurrente atrevidamente sostiene en el escrito de interposición del recurso que "quedó probada", cuando no sólo no es ello cierto, sino que ni se intentó siquiera una justificación que pudiera tener eficacia en orden a demostrar tal aserto; por todo lo cual se impone la desestimación del recurso con imposición de las costas a la parte que lo ha promovido".

c) ST. I.S. de 23 de Abril de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 763, pág. 373-: El recurso formulado por el marido contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la existencia de la causa 9ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquél como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por no aparecer acreditado que la enfermedad que padecen o padecieron ambos cónyuges se contrajese en los términos requeridos por esta causa 9ª:

"... Que... no son de apreciar ni la novena, alegada también en la demanda, por no aparecer acreditado que la enfermedad que padecen o padecieron ambos cónyuges se contrajese en los términos que requiere el precepto".

d) ST. I.S. de 24 de Junio de 1936 -R.J.A. 1936, Nº 1487, pág. 721-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la existencia de la causa 9ª del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquélla como fundamento de su demanda de divorcio, siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por no quedar acreditados los extremos que se precisan probar para que la indicada causa de divorcio o separación prospere en los dos casos que contiene:

"... Que la situación de rebeldía del demandado no escusaba a la actora de probar la acción en que fundaba su demanda, y por ello la Audiencia, al desestimar la causa 9ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, única alegada, no incurrió en injusticia notoria, ya que rectamente afirma que ni siquiera se intentó acreditar que el marido ocultamente

-609-

al contraer matrimonio, culposamente, una enfermedad infecciosa venérea y grave adquirida con anterioridad a aquel acto, así como tampoco que hubiera contraído dicha enfermedad posteriormente a consecuencia de relaciones sexuales fuera del matrimonio, que son los extremos que se precisa probar para que la indicada causa prospere en los dos casos que contiene".



7.11. "La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultas al tiempo de celebrarlo": Causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio (550).

7.11.1. Naturaleza jurídica de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de divorcio:

Las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, incluibles en el grupo de "discrepancia subjetiva", se califican de culposos por originarse en actos voluntarios imputables con aquel carácter al agente y opuestos a los fines del matrimonio: De ahí que, al descansar en actos voluntarios, imputables al que los realiza, sea jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a cualquiera de los motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio sin declarar culpable a quien le fue atribuido, pues, dada su naturaleza subjetiva, es secuela ineludible la declaración de culpabilidad del cónyuge incurso en los mismos.

---

(550) Esta causa décima del artículo 3º de la Ley de divorcio tiene su origen en una enmienda del Sr. Sanchís Banús proponiendo se interpusiera una nueva causa de divorcio entre la novena y la décima del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUN. 104), que, leída por segunda vez en la sesión del día 12 de febrero de 1932 -NUN. 114-, y aceptada por la Comisión, fue tomada en consideración e incorporada al dictamen con asentimiento de la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3737):

Leída a continuación la causa décima del artículo 3º del dictamen que señalaba como causa legítima de divorcio "La impotencia prematura de carácter permanente, cualquiera que sea su causa, sobrevenida después del matrimonio" -causa que no aparecía en el artículo 3º del proyecto de Ley de Divorcio-, el Sr. Moreno Mateo, en nombre de la Comisión, pide la palabra para dar lectura de la nueva redacción de esta causa realizada por la Comisión tras el estudio de una enmienda del Sr. Sanchís Banús (Una enmienda del Sr. Sanchís Banús proponía que al artículo 3º del dictamen se añadiera una nueva causa de divorcio con la siguiente redacción: "La impotencia coeundi de uno de los cónyuges manifestada antes del matrimonio, que hubiere sido culposamente disimulada al tiempo de su celebración, o la que se produzca, una vez consumado aquél, antes de la época normal de la involución, siempre que una y otra impidan totalmente el débito sin presunción racional de restablecimiento": Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUN.

104), cuyo espíritu se recoge, y conforme a la cual se establecía como causa de divorcio: "La impotencia coeundi de uno de los cónyuges sobrevinida después del matrimonio y antes de la época normal de involución, cuando no haya presunción de restablecimiento" (Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3758):

Habiendo, no obstante, un voto particular del Sr. Fernández Clérigo (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108) y otro de los Sres. Villanueva y Alvarez (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106), así como una enmienda del Sr. Casanueva (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 109) en que se proponía la supresión de la causa décima del artículo 3º del dictamen, en defensa de esta postura interviene el Sr. Fernández Clérigo, que basa la misma, primero, en ser dicha causa contraria al principio de culpa que viene informando el proyecto de ley de divorcio, segundo, en que si a primera vista parece la misma tratar de proteger un fin sustantivo del matrimonio, la procreación, no sólo no lo hace, pues puede que ese fin se haya cumplido cuando sobrevenga la impotencia de uno de los cónyuges, sino que, al contrario, lo que se protege es esencialmente el apetito sexual, olvidándose en cambio de un fin tan esencial e importante en el matrimonio como el del mutuo auxilio, y tercero, en que no sólo plantea dificultades de prueba verdaderamente extraordinarias, sino que además puede ser un arma coactiva que se emplee para lograr, sin voluntad, el divorcio ficticio por mutuo disenso ante el temor de verse un cónyuge sujeto a una situación social de esta naturaleza:

"... Si yo me quedo corto en la defensa, cosa que es muy posible, el Sr. Villanueva, como forma parte de la Comisión y puede hablar siempre sin consumir turno, puede acentuar los motivos en que yo haya estado flojo y añadir algún otro de su cosecha, que seguramente tendrá más mérito que los míos.

Voy, pues, a fundamentar los motivos porque solicito la eliminación de esa causa de divorcio. En primer lugar, esta causa de divorcio creo que sólo en dos legislaciones, de las menos trascendentales y de menor solvencia, está acogida, pero esto sería lo de menos, porque es un dato meramente histórico. Lo que sí ocurre es que es una causa completamente contraria al principio de culpa que viene informando este proyecto, un principio de culpa que es el único que puede servir de base a un proyecto de esta naturaleza, porque aquí no tenemos aún la debida preparación ni la capacitación de los Tribunales para poder aplicar estos principios del divorcio objetivo. Pero, además, aquí se da un fenómeno sobre el cual llamo especialmente la atención de la Cámara, porque a primera vista parece que esta causa de divorcio trata de proteger un fin primario del matrimonio, la procreación, y, sin embargo, es absolutamente inexacto, porque esta causa de divorcio se funda en la impotencia sobrevinida con posterioridad al matrimonio y sin limitación de fecha y puede haber ocurrido que la procreación se haya cumplido y hasta cumplido prolíficamente y con numerosos hijos, y a pesar de haber muchos, no obstante, viene el divorcio por la impotencia del cónyuge. De manera que no se protege aquí un fin sustantivo del matrimonio, al contrario, dejáis de proteger la procreación, lo que se protege sencillamente es el anhelo, el apetito sexual, algo así como la concupiscencia y se olvida en cambio un fin tan esencial e importante en el matrimonio como el del mutuo auxilio, que es el que más le dignifica y ennoblece, no diré el que más le santifica y consagra, porque son palabras pasadas de moda a las que nunca presté tampoco mucho caso, pero sí que es el fin que realiza el fenómeno hermosamente humano de elevar el matrimonio de la simple cópula al amor, y si desconocéis este fin tan alto y tan noble vais a poner, Sres. Diputados en el sexo el centro de gravedad del matrimonio y yo no quiero poner el centro de gravedad en un punto tan bajo.

No es esto sólo, señores, sino que, además, hay unas dificultades de prueba verdaderamente extraordinarias. Yo no creo que podamos resucitar aquí, para un fenómeno posterior al matrimonio, aquellas pruebas canónicas del juramento de las siete manos, ni, mucho menos, las pruebas experimentales ante los Tribunales de Justicia. Si a esto fuéramos a llegar, ¿cuál sería la situación de un cónyuge que se encontrase amenazado de semejante procedimiento?

Puede ser éste un arma coactiva que se emplee para lograr, sin voluntad, el divorcio ficticio por mutuo disenso, porque ante el temor de verse sujeto a una situación social de esta naturaleza, a una investigación vejatoria de esta clase, puede prestarse, por coacción, un consentimiento que libremente no se prestaría.

Así, pues, señores, la gravedad de esta causa, su verdadera inmoralidad -porque a mí me parece inmoral contrariar toda la parte culposa de esta ley-, la dificultad de las pruebas, el daño que había de tener y la perturbación en muchos hogares, exigen que

la Cámara oponga su repulsa a esta causa de divorcio que impone necesariamente, al menos en mi modesto sentir, y creo que muchos de los compañeros que me escuchan estarán conformes, eliminarla del texto de la ley que estamos discutiendo.

Creo que estos argumentos bastarán para que todos los Sres. Diputados reconozcan la razón que me ha asistido al formular este voto particular".

El Sr. Moreno Mateo, en nombre de la Comisión, sostiene la conveniencia de que subsista la causa décima del dictamen, oponiéndose a los razonamientos del Sr. Fernández Clérigo: Frente a los argumentos de índole puramente sentimental de éste, a los que califica el Sr. Moreno Mateo de pura sensiblería, opone en defensa del mantenimiento de esta causa no un argumento de tipo eudomoneísta, es decir, que en el matrimonio, aparte de otros fines esenciales que persigue esta institución jurídica, no puede prescindirse del aspecto de persecución de la felicidad por la satisfacción del instinto sexual, y esto no será posible desde el momento en que una vez celebrado el matrimonio sobreviniese la impotencia coeundi de uno de los cónyuges:

"... Me doy perfecta cuenta, Sres. Diputados, de la dificultad extraordinaria que supone la papeleta que me ha tocado en suerte, al sostener la conveniencia de que subsista la causa número 10 del artículo 3º del proyecto de divorcio, oponiéndome, por consiguiente, en nombre de la Comisión, a los razonamientos del Sr. Fernández Clérigo.

Yo creí que el Sr. Fernández Clérigo enfocaría la cuestión desde el punto de vista legal, aduciendo, desde este punto de vista, razonamientos suficientes en abono de que se suprimiese la causa número 10 que estamos discutiendo. Pero veo que, por el contrario, se ha limitado a hacer razonamientos de tipo, de índole puramente sentimental, argumentos que no vacilo en calificar de pura sensiblería, porque ha llegado al extremo de decir que, se convierte el matrimonio en una especie de centro de concupiscencia, y que es una razón, incluso de topografía la que hace que se incluya la causa número 10 entre las determinantes de divorcio.

Yo creo que hay algunas razones más de índole fundamental, y que debemos fijarnos, señores Diputados, en que el matrimonio tiene una porción de fines que cumplir, entre cuyos fines figuran, indiscutiblemente, el de la procreación y el de la educación de los hijos, como también el de establecer la comunión de vidas, a que se refiere el Código. Pero, Sres. Diputados, es preciso no engañarse, es conveniente hablar sin afeismos y hay que dar toda la importancia que tiene la satisfacción de instintos primarios, entre los cuales figura de una manera indiscutible el instinto sexual, no el sensual de que hablaba el Sr. Fernández Clérigo.

Va decía en días anteriores mi ilustre y querido amigo el Sr. Sanchís Banús que esto tiene extraordinaria importancia, no ya en una época determinada, sino en todos los tiempos y en todos los países; pero quizá más en España, desde el matrimonio ha llegado a tomarse en ocasiones como medio de satisfacer el instinto sexual, sin miedo a la policía ni al contagio venéreo.

No quiero yo profundizar en este aspecto del problema; pero sí he de decir que si el argumento para el mantenimiento de la circunstancia número 10 no puede ser, en modo alguno, un argumento de tipo eudomoneísta, es decir, que todos pretendan hacer del matrimonio un medio de placer, sí debemos enfocarlo desde el punto de vista eudomoneísta; es decir, que en el matrimonio no puede tampoco prescindirse del aspecto de persecución de la felicidad, siquiera sea una felicidad tan relativa y tan dudable, por todos conceptos, como la que puede alcanzarse en la vida. El matrimonio ha de tratar de ir hacia la realización de una comunidad de vida, pero proporcionando cierta utilidad y una felicidad posible a los cónyuges, y esto no sería posible desde el momento en que a causa de una impotencia "coyundis", sobrevinida después del matrimonio por cualquier circunstancia, y no importa que sea ajena a la culpa de uno de los cónyuges, al venir de hecho, impidiera el cumplimiento de más de uno de los fines matrimoniales, y, por consiguiente, con una moral muy superior a la que antes, rasgando sus vestiduras, quería aludir el Sr. Fernández Clérigo, pondremos a los cónyuges fuera del matrimonio, para que fuera del matrimonio puedan precisamente preocuparse y procurarse esa satisfacción que dentro del matrimonio nunca podrán conseguir.

De manera que, sin profundizar, repito, y sin hablar para nada de razones de índole legal, aunque también el Sr. Fernández Clérigo decía que no existía en la actualidad

en ningún país, procede mantener esa causa de divorcio; y aquí tenemos a la vista, por ejemplo, el artículo 47 de la ley letona, de 18 de febrero de 1921, en que se establece ese impedimento en dos aspectos: uno, cuando los cónyuges se desligan del deber de la concepción, y otro, cuando son físicamente incapaces de cumplir ese deber por causas no atribuibles a la edad. Existe también en la ley de Estonia, vigente en la actualidad, de 23 de octubre de 1922, en su artículo 25. Existe igualmente en el artículo 76 del Código civil de Méjico, de 1819, y en algunos otros países, siquierá sea con carácter de anterioridad al matrimonio; y existe también, Sr. Fernández Clérigo, en Grecia y en algunos de los Estados Unidos, y apelo al testimonio del Sr. Sánchez Román y de tantos otros ilustres jurisconsultos de la Cámara, aunque sea con ese carácter de anterioridad al matrimonio. Pues bien; no quiero insistir más en ésto, porque el Sr. Fernandez Clérigo no ha forzado ningún aspecto legal de Derecho comparado. Yo me limito a pedir a la Cámara que deseche el voto particular, atendiendo a que razones superiores de moralidad hacen indispensable el mantenimiento de esta causa de divorcio entre aquellas a que se refiere el artículo 39<sup>o</sup>.

A continuación es el Sr. Villanueva quien intenta llevar al ánimo de la Cámara con razones de sentido común la necesidad de suprimir esta causa de divorcio conforme al voto particular por él suscrito: Para el Sr. Villanueva, la impotencia adquirida después del matrimonio, cualquiera que sea la causa que la haya producido, en manera alguna puede considerarse como causa de divorcio, máxime si ha habido hijos en el matrimonio, y ello por la sencilla razón de que esa causa puede ser fortuita, incluso adquirida en el ejercicio de un legítimo derecho o en el cumplimiento de una obligación y, además, si sobreviniera, impediría la convivencia espiritual entre los cónyuges, existen otras causas de divorcio o separación a las que podrán acogerse en su caso los cónyuges:

"... El voto particular del Sr. Fernández Clérigo es exactamente igual al que ha formulado este Diputado en el sentido de que se suprima la causa 10 del artículo 39<sup>o</sup>, porque considero que es una monstruosidad, tanto en el orden moral como en el jurídico. Dice mi querido compañero el Sr. Moreno Mateo que existen causas graves de moralidad que obligan a mantener esta causa de divorcio. Yo no voy a referirme al asunto desde el punto de vista sentimental ni desde el punto de vista jurídico; me voy a limitar a razonar desde el punto de vista del sentido común. La impotencia adquirida antes del matrimonio, si es patente, perpetua e incurable, no solamente puede ser causa de divorcio, sino de nulidad; pero la impotencia adquirida después del matrimonio no puede ser, en manera alguna, causa de divorcio, y más cuando en ese matrimonio ha habido hijos. Esa impotencia adquirida después del matrimonio, como dice el dictamen, cualquiera que sea la causa que la haya producido, puede resultar un absurdo. Esa causa puede ser fortuita, incluso adquirida en el ejercicio de un legítimo derecho o en el cumplimiento de una obligación, por ejemplo, en una guerra, en defensa de la Patria. Puede ocurrir un caso de impotencia debida a esa causa, en un matrimonio que ya tenga tres, cuatro o seis hijos, y ser motivo de que se verifique el divorcio. Yo creo que esto es contrario a la ley, contrario a la moral y contrario a las buenas costumbres. Si, como decía el Sr. Moreno Mateo, no existe después esa convivencia espiritual entre los cónyuges y no hay entre ellos la felicidad que debe existir en el matrimonio, causas existen entre las que hemos determinado en el proyecto de ley de divorcio o en las que se determinarán en la separación de bienes, para resolver el caso; pero en modo alguno se puede considerar esto como causa determinante de divorcio. Por eso en mi voto particular, inspirándome en el mismo criterio en que se orienta el del Sr. Fernández Clérigo, solicito la supresión de esta causa en el artículo 39<sup>o</sup>."

Para rectificar algunos conceptos expuestos por el Sr. Moreno Mateo, interviene de nuevo en la discusión el Sr. Fernández Clérigo, que insiste en su postura de no convertir el matrimonio sencillamente en una residencia de placer, en vez de ser lo que debe ser, o sea, una comunidad perpetua de vida, lo mismo para las adversidades que para las bienandanzas:

"... Sólo para rectificar algunos conceptos expuestos por el Sr. Moreno Mateo. Realmente la felicidad que nos pinta es muy limitada. Tiene un solo color para pintar la felicidad la paleta del Sr. Moreno Mateo; pero si a él nos atuviésemos, habría razón para llevar el proyecto mucho más allá de lo que pretende llevarlo la Comisión, porque habría que poner como causa de divorcio la enfermedad repugnante, la enfermedad contagiosa, todo lo que, no sólo impediría la cohabitación, sino que llevara, además, anejas molestias de mayor gravedad al otro cónyuge; y si hacemos esto, vamos a convertir el matrimonio,

sencillamente, en una residencia del placer, en un lugar de comodidades, en vez de ser una comunidad perpetua de vida, lo mismo para las adversidades que para las bienandanzas. Como éste es el concepto del matrimonio, creo que, en defensa de este concepto tradicional y legítimo, es preciso eliminar absolutamente esta causa de divorcio del texto de la ley que estamos discutiendo".

No queriendo insistir más el Sr. Moreno Mateo en este asunto, por entender que la Comisión no puede convertir su criterio en un asunto de amor propio, deja al arbitrio de la Cámara el aceptar el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, o el rechazarlo, entendiéndose entonces que se acepta la causa décima del artículo 3º del dictamen en su redacción nueva dada por la Comisión recogiendo el espíritu de una enmienda del Sr. Sanchis Banús; verificada votación ordinaria, fue aceptado el voto particular del Sr. Fernández Clérigo por 57 votos contra 32, absteniéndose de votar varios señores Diputados, acordándose en consecuencia la supresión de la causa décima del artículo 3º del dictamen, y quedando retiradas todas las enmiendas con la misma (Discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3758-3760):

Para explicar su voto en contra del voto particular del Sr. Fernández Clérigo, ya aprobado por la Cámara, pide la palabra la Srta. Campoamor, que alega razones profesionales que la permiten afirmar que la impotencia es causa en infinidad de casos de desunión efectiva del matrimonio:

"... Quiero, Sres. Diputados, tan sólo hacer constar que he votado en contra del voto particular por la siguiente razón: una experiencia de bufete me permite afirmar que la aprobación del voto particular excluyendo de las causas de divorcio la impotencia, dará margen a la efectiva desunión, es decir, a la falta de realidad del matrimonio en infinidad de casos, porque -quiero buscar las palabras para decirlo- la impotencia, no sé si prematura o no, por la experiencia de despacho de los abogados, es sabido que es causa muy frecuente alegada por los cónyuges" (Intervención de la Srta. Campoamor en explicación del voto: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3760-3761).

Igualmente en explicación de su voto en contra del voto particular del Sr. Fernández Clérigo interviene a continuación el Sr. Alberca Montoya, porque estima que la función primordial del matrimonio es la sexual, la primordial humanamente, racionalmente, desde un punto de vista orgánico:

"... Sres. Diputados, tengo especial interés en explicar mi voto por dos circunstancias: la primera, porque voto en desacuerdo con la minoría a que pertenezco, y la segunda, porque, como médico, tengo un criterio más humano y práctico, para los enfermos a que, en muchas ocasiones, he visto a pesar de no dedicarme a esa especialidad.

Aunque el tema es sugestivo y da lugar a que se trate con cierta picardía, para que en el gesto de los Sres. Diputados quede un poco de seriedad y de formalidad siempre que se trate de estas cuestiones, he de recordar que al ejercicio que de esa función hicieron nuestros padres debemos nosotros la vida. El matrimonio se forma principalmente para llevar a cabo una función primordial, que es la de la reproducción, y esa función primordial se tiene necesariamente que verificar con esenciales cualidades por parte de los dos cónyuges; y aun cuando nosotros podamos diferenciarnos de los animales, porque alrededor de esas cualidades orgánicas existe como una orla espiritual que enaltece todas nuestras acciones; aun cuando exista esa diferencia, nosotros debemos procurar que, junto a ese sacramento fundamental, a esa unión íntima de dos seres, exista lo que es primordial; y si nosotros dejamos que la impotencia primaria, la que procede al matrimonio, como señala admirablemente el dictamen, sea causa de separación de los cónyuges, no podemos de ningún modo aceptar que después, cuando por cualquier causa esa impotencia se manifiesta... (Un Sr. Diputado: Es una confusión de S.S.) No es confusión, porque el voto particular manifiesta sencillamente una exacerbación inútil de la espiritualidad, pero sin tener en cuenta las necesidades orgánicas, mientras que nosotros, con un criterio más o menos simplista, pero más racional, decimos tan sólo que, en el instante en que se manifieste la impotencia, esos cónyuges puedan separarse simplemente. Consideramos la función sexual como la principal del matrimonio, hasta el punto de que creemos que el amor...

El Sr. Presidente: ¿No considera S.S. suficientemente explicado el voto?

El Sr. Alberca Montoya: Termino inmediatamente. Voto en contra del voto particular porque estimo que la función primordial del matrimonio es la sexual; la primordial humanamente, racionalmente, desde un punto de vista orgánico; y todo lo demás son sensiblerías; y cuando uno de los cónyuges se encuentra en esa impotencia, nosotros debemos dar facilidades para que pueda separarse" (Intervención del Sr. Alberca Montoya en explicación de voto: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3761).

Una enmienda del Sr. Juarros a la causa décima del artículo 3º del dictamen, retirada una vez suprimida aquélla, proponía que la misma se redactara como sigue:

"10. Toda alteración psíquica o somática capaz de impedir la satisfacción sexual fisiológica" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105).

7.11.2. Causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

„El número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio comprende dos causas o motivos independientes de divorcio o separación:

a) "La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales contraída antes del matrimonio y culposamente ocultada al tiempo de celebrarlo".

Son requisitos exigidos por este motivo de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Primero: La indudable existencia de una enfermedad grave, de la que, por presunción razonable, haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales.

Segundo: Que haya sido contraída la enfermedad antes del matrimonio.

Tercero: Que se haya ocultado culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

b) "La enfermedad contagiosa contraída antes del matrimonio y culposamente ocultada al tiempo de celebrarlo".

Son requisitos exigidos por este motivo de divorcio o separación comprendido en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Primero: La indudable existencia de una enfermedad contagiosa.

Segundo: Que haya sido contraída la enfermedad antes del matrimonio.

Tercero: Que se haya ocultado culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

Según la doctrina jurisprudencial, esta causa genérica de enfermedad -grave o contagiosa- admitida en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio, no se inspira en una verdadera y propia finalidad social o eugenésica, sino, más bien, en las exigencias de la situación personal de mutuo respeto y consideración que ha de existir entre los cónyuges, lo que determina que para la aplicación de dicha causal se exija la concurrencia de los requisitos ya reseñados (551).

---

(551) "... Que si bien la Ley española de divorcio admite en el número diez de su artículo 3º, la causa genérica de la enfermedad, ignorada por algunas otras legislaciones, se ha de tener presente que no se inspira el vigente precepto legal en una verdadera y propia finalidad social o eugenésica, sino más bien, en las exigencias de la situación personal de mutuo respeto y consideración que ha de existir entre los cónyuges y ello determina que, para la aplicación de dicha causal se exija la concurrencia de los siguientes requisitos: Primero: Que se trate de enfermedad grave, de la que, por presunción razonable, haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales o bien de enfermedad contagiosa. Segundo: Que haya sido contraída la enfermedad antes del matrimonio. Tercero: Que se haya ocultado culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo". Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1375-.



7.11.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos de divorcio o separación comprendidos en el número décimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en alguna de las causas o motivos comprendidos en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite.

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (552), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvencción como causa de divorcio o separación por ella interesado la décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, especificando

y detallando en los hechos de su demanda o reconvención aquellos hechos que pudieran ser determinantes respecto del cónyuge contra el que la misma se alega de los supuestos previstos en ella, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular ninguna prueba dirigida a demostrar los supuestos previstos en la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuya concreción no se hubiere sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvención.

c) Necesidad de probar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvención determinantes de los supuestos previstos en la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por el misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda o reconvención determinantes de los supuestos previstos en la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, procediendo, en consecuencia, su desestimación cuando de la prueba practicada en el pleito no aparezca que la enfermedad grave o contagiosa padecida por el cónyuge contra el que se invoca la causa décima del artículo 3º de la Ley de Divorcio se contraiese por el mismo en los términos que requiere este precepto y, de modo especial, su ocultación culposa al tiempo de celebrarse el matrimonio (553).

---

(552) Cfr. NOTA 324 de la tesis

(553) Así, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

a) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 459-: El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la existencia de las causas décima y duodécima del artículo 3º de la misma, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo en cuanto a la causa décima porque la enfermedad de la esposa no fue diagnosticada como de origen epiléptico, ni por lo tanto es posible su calificación con toda su intensidad dirimente, aun cuando se

estima el recurso respecto de la causa duodécima por ser un hecho comprobado que la citada enfermedad de la esposa demandada fue causa de la separación convenida de los cónyuges:

"... Que alteradas profundamente las relaciones matrimoniales de los esposos, pocos días después de haberse casado, a consecuencia de accidentes nerviosos experimentados por la mujer que los padecía con mucha anterioridad y le fueron ocultados al marido, ambos cónyuges, de común acuerdo, convinieron separarse y así lo realizaron en marzo de 1926, sin que hasta la fecha de ahora volvieran a reunirse, y aunque la enfermedad sufrida por la esposa no hubiera sido diagnosticada como de origen epiléptico, ni por lo tanto sea posible calificarle con toda su intensidad dirimente, como motivo de divorcio comprendido en la causa décima del artículo 3º de la Ley que rige la materia, resulta no obstante demostrado que tal padecimiento ocasionó el acuerdo libremente consentido por ambas partes de separarse, desde la fecha indicada, con distinto domicilio, lo que constituye una integración jurídica de los elementos que requiere la causa duodécima del citado precepto legal para decretar la concesión del divorcio fundado en ella y es claro que al no declararlo así la Sala "a quo", por lo referente al caso litigioso, incurrió en notoria injusticia y hace procedente la estimación del recurso propuesto".

b) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 763:- El recurso formulado por el marido contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse apreciado en su contra la existencia de la causa décima del artículo 3º de la misma, alegada por la esposa como fundamento de su demanda reconventional de divorcio, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo porque la enfermedad venérea por el mismo padecida no aparece probado que produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales:

"... No son de apreciar... ni la décima que se aduce en la reconvenición, por no resultar probado... que la enfermedad venérea que padece el marido produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales".

c) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 892:- El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la existencia de la causa décima del artículo 3º de la citada Ley, alegada por aquél como fundamento de su demanda reconventional de divorcio, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo porque, aparte de la cuestión de si una deformación interna de los órganos genitales femeninos es una enfermedad grave o, por el contrario, no puede calificarse como tal, la acusada anormalidad no impide el cumplimiento de ninguno de los deberes matrimoniales, entre los que no se halla la inhabilidad para la procreación y conservación de la especie:

"... Que del mismo modo apreció rectamente la Sala sentenciadora la no existencia de la causa décima alegada en la reconvenición, ya que, aparte de la cuestión de si una deformación interna de los órganos genitales femeninos es una enfermedad grave, o, por el contrario, no puede calificarse como tal, máxime cuando permite hacer la vida normal ordinaria y alcanzar una edad avanzada, es un hecho demostrado pericialmente y por unánime apreciación facultativa, que la acusada anormalidad no impide el cumplimiento de ninguno de los deberes matrimoniales entre los que no se halla la inhabilidad para la procreación y conservación de la especie lo que constituye uno de los fines del matrimonio, que no tiene su pleno cumplimiento en multitud de casos por motivos que no están al alcance de los humanos conocimientos, y nunca se entendió que la falta de sucesión, por sí sola, implicase el incumplimiento de uno de los deberes matrimoniales, por cuanto el hecho de la reproducción es tan misterioso en su esencia que no es dado penetrarlo al humano ingenio".

d) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1375:- El recurso formulado por el esposo contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por no haberse apreciado la existencia de la causa décima del artículo 3º de la misma, alegada por aquél como fundamento de su demanda de divorcio, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por no estar debidamente justificado el hecho de que la

enfermedad la contrajese la esposa antes del matrimonio, ni mucho menos el de la ocultación culposa antes de celebrarlo:

"... Que en el caso presente la Sala sentenciadora tiene por cierto que ni está debidamente justificado el hecho de que la enfermedad la contrajese la demandada antes del matrimonio, ni mucho menos el de la ocultación culposa antes de celebrarlo; y como el recurso no logra demostrar el error evidente que entraña la apreciación de los hechos, pues se limita a contraponer el criterio de recurrente al de la Sala, sobre la base de conjeturas y razonamientos, más o menos lógicos, que no lleva al ánimo una convicción sólida, máxime cuando ni siquiera el recurrente se atreve a sostener que la esposa tuviera noticia, al contraer matrimonio, de la enfermedad hereditaria que, según dice, padecía, y toda la argumentación del recurso se apoya sobre el supuesto de que eran los familiares de la demandada, y especialmente su madre, los que sabían el verdadero carácter de la enfermedad y la ocultaron al recurrente, lo que equivale a mixtificar la causal de referencia, haciendo depender la subsistencia del vínculo, no de los hechos que pueden ser imputables a los cónyuges, sino de las actitudes y móviles de personas extrañas al matrimonio, se ha de concluir la improcedencia de la revisión del fallo, en el extremo aludido".

7.12. "La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años": Causa 11 del artículo 3º de la Ley de Divorcio (554):

Aun cuando no hay una exégesis jurisprudencial sobre esta causa 11 del artículo 3º de la Ley de Divorcio, su comprensión y la problemática que la misma plantea puede hacerse con el estudio de la discusión en la Cámara de un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez:

Este voto particular, que se leyó anunciándose que pasaría a la Comisión en la sesión del día 27 de Enero de 1932 -NUM. 106-, de los Sres. Villanueva y Alvarez proponía la siguiente adición a la causa 11 del artículo 3º del dictamen de la Comisión de Justicia:

Los Diputados que suscriben, lamentando disentir del parecer de sus compañeros, formulan el siguiente voto particular al dictamen de la Ley de Divorcio:

Artículo 3º: Se harán las siguientes variaciones y adiciones:

11: "La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años, siempre y cuando no sea por delitos políticos":

Palacio de las Cortes, 27 de Enero de 1932. Justo Villanueva.- Basilio Alvarez: DIARIO DE SESIONES, APENDICE 2º AL NUM. 106:

Leído por segunda vez en la sesión del día 12 de Febrero de 1932 -NUM. 115-, interviene en su defensa el Sr. Villanueva que explica el porqué se han de exceptuar los delitos políticos por su misma esencia, ya que el cónyuge que haya sido condenado por un delito político puede, al cabo de cierto tiempo, por las amnistías y los indultos frecuentes en esos delitos, volver a su casa (555):

"... Señores Diputados, solamente dos palabras, con objeto de sostener este voto particular.

Tiene su precedente en nuestro código, que determina la cadena perpetua, o sea, treinta años, siempre y cuando exista privación de libertad (556). El dictámen lo ha reducido a doce años, es decir, que cuando haya sido condenado un cónyuge a pena superior a doce años, que implica ya uno de los delitos graves de nuestro Código penal, entonces el otro cónyuge puede pedir el divorcio. Pero yo creo que se deben exceptuar de esto los delitos políticos, porque el cónyuge que haya sido condenado puede, al cabo de seis meses, de un año o de dos años, por las amnistías y los indultos frecuentes en esos delitos, volver a su casa. Por tanto, creo que, dada la esencia de los delitos políticos, no deben, de ninguna manera, considerarse como motivo para que se pueda plantear la acción de divorcio" (557).

El Sr. Sapiña rechaza, en nombre de la Comisión, por un criterio de objetividad, al ser el móvil de esta causa de divorcio el hecho de la separación forzosa de los cónyuges por un periodo determinado con independencia de la clase de delito por el que pueda condenarse a un cónyuge, este voto particular:

"... La Comisión no acepta este voto particular, por un criterio de objetividad, pues como lo que le ha movido a establecer esta causa de divorcio es el hecho de la separación forzosa de los cónyuges por un periodo determinado, entiende que lo mismo da que sea por cuestiones políticas que de cualquier otra índole" (558).

Con la intervención del Sr. Ossorio y Gallardo, la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez pasa a un segundo plano, y se produce un interesante debate sobre la misma causa 11 del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: Para el Sr. Ossorio y Gallardo, la citada causa debe suprimirse,

puesto que permite la ruptura del vínculo conyugal por un hecho, la condena, sea de delito político, sea de delito común, que puede no afectar en nada al amor de los esposos y que incluso, en los delitos comunes, puede provenir de un extravío en busca de dinero para sostener el propio hogar:

"... Esta causa me parece de una crueldad inhumana, porque permite el rompimiento del vínculo conyugal por una condena, sea de delito político, sea de delito común, que puede no afectar en nada al amor de los esposos, y que, acaso, pueda provenir de los delitos comunes de un extravío en busca de dinero para sostener el propio hogar: el caso del cajero infiel, del falsario, que afrontan una condena, acaso, por no tener otro medio honrado de sostener a su esposa y a sus hijos. Como me parece que esto es de una dureza tal que repugna a los sentimientos y a la naturaleza misma del matrimonio, me permitiría rogar a la Cámara que desechase esta causa también, por motivos, no de sensiblería, sino de honda espiritualidad, que son los que han determinado el que se deseche la anterior, en defensa de la esencia misma del matrimonio y de la dignidad y de la libertad humanas" (559).

Para expresar su disconformidad con las razones del Sr. Ossorio y Gallardo, interviene en el debate la Srta. Campoamor, que tenía, como sabemos, una enmienda a esta causa 11 en la que pretendía se rebajase el plazo por el cual el cónyuge pueda pedir el divorcio a la pena de seis años: Para la Srta. Campoamor no se trata de que se vaya a decretar el divorcio de oficio por el hecho de que uno de los cónyuges esté condenado a pena superior a determinados años por una u otra causa, sino que, por la misma, se deja el cónyuge inocente en libertad para pedir o no el divorcio, según que el hecho de la condena repercute o no en el elemento psíquico que evidentemente hay en el matrimonio:

"... He pedido la palabra para oponerme al voto particular y precisamente, aun cuando haya de extrañarle al Sr. Ossorio

y Gallardo, con la pretensión de que no pesen demasiado sus palabras en la Cámara, haciendo la siguiente aclaración. No se trata, Sr. Ossorio y Gallardo de que se vaya a decretar el divorcio de oficio por el hecho de que uno de los cónyuges esté condenado a pena superior a tal o cual cantidad de tiempo por una u otra causa. Si el cónyuge que queda en libertad sigue entendiendo que ese elemento psíquico, que evidentemente hay en el matrimonio, además del contrato le obliga a vivir, a estar unido con el que sufre prisión o aislamiento, ¿quién le impone el divorcio?. En cambio, si con motivo de una condena, en que hasta el elemento psíquico se atenúa, el matrimonio queda completamente roto durante una larga etapa, ¿por qué va a privarse al cónyuge que invoque esa causa, cual es la del rompimiento casi total del matrimonio, de obtener el divorcio?.

Hago estas declaraciones porque precisamente a esta causa tengo presentada una enmienda, en la cual pretendo que se rebaje el plazo por el cual el cónyuge pueda pedir el divorcio -pueda pedir; no que se imponga de oficio- a la pena de seis años, en lugar de la de doce, porque entiendo que es suficientemente largo el plazo de ruptura efectiva del matrimonio con la condena de seis años y porque siempre recuerdo aquel cuento de Blasco Ibáñez en el que nos relata la vida de un matrimonio, condenado el marido a una larga etapa de presidio, y la mujer, al salir de la Sala de la Audiencia, después de oír el fallo del Tribunal, pone este comentario: "la condenada soy yo" (560).

Contestando a la Srta. Campoamor, el Sr. Ossorio y Gallardo arguye, en defensa de su tesis, nuevas razones:

La primera introduce en el debate la cuestión de la naturaleza jurídica de esta causa 11: ¿Estamos ante una causa de naturaleza "culposa", basada en el principio de "discrepancia subjetiva", o, por el contrario, ante una causa "sine culpa", basada en el principio de "discrepancia objetiva"?: El Sr. Osso-



rio y Gallardo, teniendo en cuenta la inspiración del proyecto de ley de Divorcio que se basa en el sistema de la culpabilidad en las relaciones conyugales, entiende que el hecho de ser condenado no implica una culpabilidad en las relaciones conyugales y, por tanto, la admisión de esta causa de divorcio sería una contradicción con el espíritu del mismo proyecto de ley, que se inspira en el sistema del divorcio sanción. La segunda es una ampliación a los delitos comunes de la razón ya expuesta por el Sr. Villanueva en defensa del voto particular por él suscrito:

"... Claro que ese divorcio decretado de oficio sería un gran disparate; pero a la sensibilidad exquisita de la señorita Campoamor, ¿no le parece que es también un poco violento y duro dejar que se desboque el egoísmo de uno de los cónyuges?. Esta causa rompe, como hubiera roto la anterior si hubiera prevalecido, toda la unidad de pensamiento del artículo 3º que estamos discutiendo, porque se han establecido las causas de divorcio sobre el supuesto, no de tal o cual delito, no de tal o cual hecho independiente del matrimonio, ni por tal o cual accidente más o menos fortuito, sino sobre el supuesto de una culpabilidad en las relaciones conyugales. El hecho de ser condenado no implica una culpabilidad en las relaciones conyugales, y permitir al otro cónyuge que pida por ese solo hecho la disolución del vínculo, repito que me parece, no sólo inhumano y cruel, sino una cosa discordante con toda la estructura de los preceptos que estamos discutiendo.

Ahora advierto otra cosa. Dice el párrafo que discutimos: "La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años". ¿La condena?. ¿La simple condena?. Pero, ¿es que la experiencia no nos advierte que las condenas, muy frecuentemente, no llegan a su total extinción, ni muchísimo menos?. Con que esté en el Parlamento nuestro querido y admirado amigo D. Luis de Tapia y nos proponga una serie de indultos, la condena de doce años quedará

reducida a doce meses. Con la intervención del Sr. Tapia, o sin ella, lo cierto es que una condena de doce años suele quedar considerablemente reducida. Y en este supuesto, ¿qué pasa?. La mujer, con el testimonio de una condena de doce años, pide y logra el divorcio, y el marido a los dos, a los cuatro, a los seis años está en la calle. Y, ¿qué sucederá?. Qué se habrá ejecutado el divorcio por una causa que no está en la ley". (551).

A ambas razones contesta la Srta. Campoamor: Respecto a la primera, señala que no todas las causas de divorcio están basadas en la culpabilidad, y que, en el supuesto contemplado por la causa 11, con independencia del hecho que motive la condena, nos encontramos siempre con el rompimiento de hecho del matrimonio; respecto a la segunda, señala, aparte del hecho de no poderse prever las contingencias a que alude el Sr. Ossorio y Gallardo, siendo la única realidad que en principio se tiene a la vista la de la sentencia condenatoria, el mismo espíritu de la Constitución, contrario a los indultos generales, y la esperanza de un nuevo sistema penitenciario con penas que han de ser más moderadas pero más efectivas (552):

"... Para hacer observar a mi respetado maestro Sr. Ossorio y Gallardo que no todas las causas de divorcio están basadas en culpabilidad: la ausencia, por ejemplo, no es culpabilidad (El Sr. Sapiña: La enajenación mental.- El Sr. Ossorio y Gallardo: La ausencia es un acto determinado por la voluntad del que se ausenta); y la misma separación de hecho libremente consentida, que da lugar al divorcio, ¿es una causa culpable?. No, por cierto. No olvidemos el caso del cónyuge cuyo compañero esté condenado a una pena superior a doce años, sin indulto generales, que ya están, contra el espíritu de Luis de Tapia, truncados en la Constitución, con una esperanza de sistema penitenciario más cierto, más efectivo, encaminado a la depuración, a la educación del delincuente, que nos anuncia que las penas van a ser más efectivas y, por consiguiente, en justicia, deberán ser más moderadas, pero que evidencia que

las condenas no van a estar sujetas a estas fluctuaciones de indultos, además de que tampoco se pueden prever esas contingencias, sino que cuando una sentencia se dicte condenando a un número de años es la única realidad que tenemos enfrente, la única con que tenemos que contar. Pues bastará que el abandono se produzca, bastará el desamparo de la familia, la separación libremente consentida por 3 años, para ser causa de divorcio; y, en cambio, que una separación de hecho, un rompimiento de matrimonio por período de 12 años, con el desamparo efectivo que produce en la familia, aunque no haya culpabilidad del cónyuge condenado, no sea causa de divorcio, me hace pensar que no se va a adoptar ningún acuerdo piadoso para el cónyuge condenado, pertenezca al sexo a que perteneciera, al dejar al otro por más de 12 años en el desamparo, en el olvido, es decir, en el rompimiento absoluto de la pareja.

Insisto, por lo tanto, en que la Cámara medite sobre esto y que no haga distinción en la causa a que obedezca la condena, porque no se trata de que caiga un castigo más sobre la cabeza del condenado por el hecho de haberlo sido por delito de tipo no político, por delito de tipo no social, sino que se estime simplemente la causa objetiva del rompimiento de hecho del matrimonio, que es cruel, no tiene justificación, elevar nada menos que a doce años, plazo el más amplio de todos los que determina el proyecto, y que no tiene además ninguna explicación en las graduaciones que ha venido haciendo la Comisión" (553)

Para poner un recuerdo próximamente histórico que refuerce el segundo de sus argumentos, interviene de nuevo en el debate el Sr. Ossorio:

"... Unas palabras, rogando a la Cámara que me perdone, para evocar simplemente, por si sirviera de elemento de convicción, un recuerdo próximamente histórico. En el mes que viene se cumplirá un año desde que algunos de los Diputados que estamos

aquí defendimos a unos procesados, para algunos de los cuales se llegó a pedir 20 años de prisión y para otros penas igualmente graves. Aquellos hombres fueron al banquillo porque no habían querido ir al Gobierno, y hoy están en el Gobierno porque supieron ir al banquillo. Si en lugar de venir una sentencia benévola, como vino, hubiera venido una sentencia condenatoria, podría ocurrir -no sucedería por las virtudes de sus esposas, pero, hablando en abstracto, podría ocurrir- que hoy aquellos hombres fueran gobernantes y divorciados (La Srta. Campoamor: Sr. Ossorio y Gallardo, a todos les querían mucho sus mujeres; no hubieran pedido el divorcio)" (554).

En este punto del debate interviene, en nombre de la Comisión, el Sr. Baeza Medina que sale al paso de los argumentos impresionistas del Sr. Ossorio y Gallardo: Señala, en primer lugar, que existe un artículo en el dictámen de la Comisión que establece que en el supuesto de esta causa 11 no se podrá interponer la acción de divorcio si no han transcurrido tres años del cumplimiento efectivo de la condena; en segundo lugar, y coincidiendo con el parecer de la Srta. Campoamor, que el dictamen de la Comisión no se basa exclusivamente en la culpabilidad de los cónyuges, pues ni la ausencia ni la separación libremente consentida implican la culpabilidad de uno de los cónyuges; y, en tercer lugar, que el argumento principal, el motivo que ha determinado a la Comisión a consignar esta causa de divorcio, está en el hecho de la separación durante un número largo de años:

"... La causa 11 del artículo 3º ha provocado realmente esta discusión, anticipándose el momento oportuno, porque, efectivamente, es un voto particular del Sr. Villanueva lo que ahora discutimos, y se refiere a distinguir delitos políticos de los que no lo sean; pero puesto que ese voto particular del Sr. Villanueva ha determinado las intervenciones del Sr. Ossorio y Gallardo y de la Srta. Campoamor, la Comisión se considera en el caso de salir al paso de argumentos impre-

sionistas, como el que últimamente ha expuesto el Sr. Ossorio y Gallardo, porque lo que es secundario en esa causa de divorcio, si ha llegado o no a comenzar a cumplir la pena el condenado y si han transcurrido más o menos años en ese cumplimiento, lo esgrime el Sr. Ossorio y Gallardo como argumento fuerte para destruir la causa 11ª. Y con decir al Sr. Ossorio y Gallardo y a todos los Sres. Diputados que la Comisión, en el art. 7º, cuando trata del ejercicio de la acción de divorcio, establece que en el caso de condena superior al número de años que se fije no se podrá interponer la acción de divorcio si no han transcurrido 3 años del cumplimiento efectivo de la condena, se verá como ha querido la Comisión que haya una garantía para que en ciertos delitos, sean o no de carácter político, pero singularmente en los de carácter político, en que se vislumbra un indulto o una reducción considerable de la condena, esa separación de cierto tiempo y el transcurso de ese tiempo que haga prever que no será el indulto tan inmediato, determine al cónyuge que lo desee a solicitar el divorcio.

Pero, en definitiva, Sr. Ossorio -y en esto ha servido de coadyuvante de la Comisión la Srta. Campoamor-, ¿es que acaso el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el divorcio se basa sólo en la culpa de los cónyuges?. ¿Es que no tenemos consignada la separación de hecho como causa de divorcio, sin entrar en si hay o no culpabilidad, sino en que existe una separación de hecho libremente consentida?. ¿Es que acaso la misma ausencia implica de una manera directa y personalísima la culpabilidad de uno de los cónyuges?. ¿Es que acaso esa ausencia en muchas ocasiones, Sr. Ossorio y Gallardo, no es debida a un afán del marido, por ejemplo, de trasladarse a sitio donde ganar más y atender mejor a las necesidades de la familia, y el no conseguir esto determine una prolongación de la ausencia?. Pero en la misma condena, ¿es que acaso no hay que admitir y tener en cuenta el principio de culpabilidad del condenado?. Y si no, en una relación directa e inmediata con el matrimonio, ¿no cabe siempre pensar

que, siendo casado y teniendo hijos, esa culpabilidad suya debió medirla en el orden de la reflexión y de la conciencia para no realizar el delito, en virtud de los mayores deberes que sobre él pesaban? (El Sr. Ossorio y Gallardo: ¡Si a veces lo comete por dar de comer a sus hijos!).

Pero, sobre todo, el argumento principal está en el hecho de la separación durante un número largo de años, y frente a todas estas consideraciones y a todos los argumentos expuestos, hay que tener en cuenta este hecho real: en un matrimonio joven, ¿puede someterse a cualquiera de los cónyuges, ordinariamente a la mujer, si móviles de otro tipo no la determinan a no pedir el divorcio, a la obligación de estar 8 o 10 años separada en absoluto de su marido, sin relación alguna con él y viviendo de una manera casi permanente la vida de soltería?. Este es el motivo que ha determinado a la Comisión a consignar esto, que no es una cosa nueva en España -y eso debe pesar en el ánimo del Sr. Ossorio y Gallardo-, sino que las legislaciones en general, al sentar las causas del divorcio, establecen como una de ellas la condena y, en particular, las legislaciones americanas establecen la condena de 10 años como causa para solicitar el divorcio. Es cierto que muchas legislaciones europeas reducen ese tipo de condena; pero, en general, todas ellas admiten la condena de uno de los cónyuges, por un número estimable de años, como causa de divorcio. Por eso lo ha establecido la Comisión, independientemente de discutir luego el número de años, puesto que hay enmiendas que tratan de reducirlo. Pero si hemos de declarar nosotros que la Comisión, en virtud de un criterio que ha predominado en ella, en atención a enmiendas que hay presentadas (ya tratando de distinguir unos delitos de otros, ya pidiendo simplemente la reducción del tiempo sin tener en cuenta la clase de delito), los doce años consignados en el dictamen los ha reducido a diez" (565).

Si en este punto del debate predomina el criterio que incluye a esta causa 11 entre las causas "sine culpa", basa-

das en el principio de "discrepancia objetiva", la intervención en el mismo del Sr. Sánchez Román dará lugar a una nueva interpretación de esta causa de divorcio: Según el Sr. Sánchez Román, el motivo de haber insertado esta causa de divorcio en el proyecto que elaboró la Comisión asesora jurídica fue el de establecer como motivo o causa de divorcio la comisión de un delito infame, mas al buscar la fórmula para expresar la misma se encontró con que en el seno de la Comisión existía una cierta repugnancia a reconocer la categoría de los delitos infamantes para tomarlos en consideración a estos efectos, aparte el parecer de los penalistas de la Comisión que hicieron notar que en la nueva técnica penal la calificación de estos delitos infamantes había perdido su correspondencia con las penas aflictivas, puesto que ya no había una distinción entre éstas y las correccionales; la Comisión asesora jurídica, salvando la necesidad de erigir en causa de divorcio la comisión de un delito grave de esta naturaleza, no encontró otro medio técnico para expresarse que acudir a la cuantía de la pena, y como en la legislación común la antigua pena aflictiva era la superior a seis años, tomó el criterio de sentar la regla de que era causa de divorcio la condena por un delito que implicase una sanción de privación de libertad por más de seis años: Consecuencia de esta interpretación es que el punto predominante hasta entonces que encontraba el fundamento de esta causa de divorcio en la circunstancia de la separación de hecho de los cónyuges durante un número largo de años había influido muy secundariamente en el ánimo de la Comisión asesora jurídica, guiada por el principio sistemático del proyecto basado en el divorcio culposo conforme al cual se da una acción al cónyuge inocente para que pida el divorcio en función de una culpa atribuible al otro, culpa que en esta causa aparecía por la comisión de un delito infamante o, traducido al idioma actual de nuestras leyes penales, cuando un cónyuge se hace autor de un delito de grave sanción penal; mas, aun siendo el principio de esta ley el del divorcio culpable -con la sola excepción de la enajenación mental-, si un juez se encuentra, por las circunstancias especialísimas del caso, con que hay motivo para no convertir el hecho penado en especie disolvente

del matrimonio, bien porque por virtud de un delito político se ha impuesto una sanción penal de muy dilatada duración, bien porque se trate del hecho desgraciado de un hombre que buscó por una vía criminal un bien o una protección a su propia familia en estos casos no hay juez que se crea en el caso imperativo de aplicar esta causa de divorcio, esto es, en definitiva, será el juez quien aprecie en cada caso si en el hecho penado hay o no una culpa contradictoria al sentido moral del matrimonio, pues los jueces, como órganos racionales de interpretación de la ley, deben de aplicar las causas de divorcio sin pensar que su letra tenga valor imperativo indiscutible en cada caso, pues otra cosa sería ponerse fuera de las normas técnicas de la interpretación de la ley:

"... Sres. Diputados, muy pocas palabras, para decir a la Cámara cuál fue el motivo de haber insertado esta causa de divorcio en el proyecto que elaboró la Comisión asesora jurídica. Quizás con esas pocas palabras se advierta en seguida que en este problema se ha armado un poco de tempestad, gracias a la intervención del Sr. Ossorio y Gallardo, que ha visto en esto unos peligros que realmente no existen.

La Comisión tuvo en cuenta una consideración muy sencilla: si es causa de divorcio la conducta inmoral y deshonrosa de uno de los cónyuges, ¿cómo no va a ser causa de divorcio la comisión de un delito infamante? (El Sr. Villanueva: ¿Y los delitos políticos?). Espere el Sr. Villanueva, que ahora le voy a responder.

La Comisión seguía así también lo que es regla general en un gran número de legislaciones. Sin embargo, la Comisión asesora jurídica, cuando buscó la fórmula para expresar esta causa, tropezó con algo con que se suele tropezar con gran frecuencia en estos períodos de exaltación sentimental que siguen a momentos políticos como el presente, y se encontró con que en el seno de la Comisión existía una cierta repugnancia a reconocer la categoría de los delitos infamantes para



tomarlos en consideración a estos efectos. Hubo allí espíritus nobilísimos que repugnaban que, por definición, al delincuente sobre su triste calidad de tal, se le imputase además la condición de infamia. Colaboraron a ello también los penalistas de la Comisión, haciendo notar que en la nueva técnica penal la calificación de estos delitos infamantes había perdido su correspondencia en las penas aflictivas, puesto que ya no había una distinción entre éstas y las correccionales, cuya diferenciación antigua podía implicar la diferente calidad infamante o no del delito. Entonces la Comisión, salvando la necesidad de erigir en causa de divorcio la comisión de un delito grave de esta naturaleza, no encontró otro medio técnico para expresarse que acudir a la cuantía de la pena, y como en la legislación común, la antigua pena correccional era de seis años y la superior a seis años era la antigua pena aflictiva, por esto la Comisión asesora jurídica tomó el criterio de sentar la regla de que era causa de divorcio la condena por un delito que implicase una sanción de privación de libertad por más de seis años.

Muy secundariamente, por tanto, influía en esta causa la circunstancia de si el cónyuge inocente iba a estar más o menos tiempo en una vida matrimonial insuficiente, que es el punto de vista en que la Srta. Campoamor coloca con mayor empeño el motivo de esta causa de divorcio.

Ahora bien, después de lo que aquí se ha discutido, ¿qué es lo que queda en pie?. Queda en pie, siempre, el principio sistemático de este proyecto traído por el Ministerio a la discusión de las Cortes. El proyecto quiere ser un proyecto de divorcio culposo, y, por consiguiente, cuando da una acción al cónyuge inocente para que pida el divorcio, es siempre en función de una culpa atribuible al otro, esto es, aquel que se hizo autor de un delito infamante, o traducido al idioma actual de nuestras leyes penales, cuando se hace autor de un delito de grave sanción penal, de una pena de privación de libertad de gran extensión.

Pero por encima de todas estas expresiones verbales, está la interpretación técnica que ha de regir la aplicación de esta ley; y si un juez se encuentra con que por virtud de un delito político, como recordaba el Sr. Ossorio y Gallardo, se ha impuesto una sanción penal de muy dilatada duración al delincuente, apreciará el juez si en ese hecho hay o no una culpa contradictoria al sentido moral del matrimonio y un obstáculo real a la subsistencia del vínculo matrimonial. Es decir, que en este, como en casi todos los casos de divorcio, el juez estimará, en definitiva, si la causa, que no es de rigor taxativo, ni por tanto absoluta, dará por sí sola una justificación directa para pedir y obtener el divorcio (El Sr. Villanueva: Está taxativa la causa.- El Sr. Fernández Clérigo: Es terminante la causa de divorcio). Yo espero que SS.SS. me dejen terminar el razonamiento. Sé que hay una enmienda presentada; que ha llegado a la creación más original que ha visto en materia de divorcio, que es a lo siguiente: a pedir que la acción de divorcio se ejercite de oficio por el Ministerio público; pero, en fin, fuera de esto, que, salvando todos los respetos debidos al autor de esa enmienda, es indudablemente una originalidad demasiado marcada, se puede asegurar que una ley de divorcio se interpreta siempre y se aplica judicialmente en razón a motivos de culpabilidad, si la ley se ha declarado bajo el imperio de este principio.

El proyecto que presentó el Ministerio iba precediendo de un preámbulo luminoso, a mi parecer, que explicaba por completo el sentido de esta ley y reiteraba a cada momento que el principio de la ley era netamente el de divorcio culpable. Este principio creo yo que no tiene en la ley más que una sola excepción lo que aquí se ha dicho: la excepción de la enajenación mental, y, fuera de ese caso, ninguno de los demás son causas inculpables, sino todas causas culpables (Varios Sres. Diputados: Exacto). Y el proyecto ministerial, en su preámbulo, les decía a los Tribunales encargados de aplicar esta ley: "Estas causas que yo señalo pueden ser,

en virtud de interpretación de analogía, ampliadas para cubrir casos concretos que no estén en la expresión literal de la ley". Y si esto decía el Ministro y decía el proyecto, ello tanto valdrá como decir la ley, por la fuerza de la misma construcción: jueces, debéis aplicar estas causas de divorcio sin pensar que su letra tenga valor imperativo indiscutible en cada caso, porque otra cosa sería ponerse fuera de las normas técnicas de la interpretación de la ley.

Ahora bien, si se prescinde de este criterio sistemático, se pueden hacer críticas constantes, inagotables, a todo proyecto que se presente. Por esto mismo, si el juez encuentra -y voy al caso concreto- que el marido ha recibido una condena penal de más años de los fijados en la ley, y esto ha sido en un estímulo de defensa a su propia familia, tengo la evidencia de que no hay juez que, como órgano racional de la interpretación de la ley, se crea en el caso imperativo de aplicar esa causa de divorcio. Si esto fuera -no hay ni que decirlo- una ley de orden taxativo, una ley de aplicación estricta y matemáticamente inexorable para el juez, entonces buscaría producirse con otras expresiones, no siempre posibles de hallar; pero en el caso que por el mundo civilizado las leyes de Divorcio se expresan de tales modos, y, sin embargo, se aplican con este sentido racional a que yo me estoy refiriendo.

Por tanto, y para concluir, la causa que se discute es una causa que enfila la culpa del cónyuge que ha cometido un delito infamante, y como la denominación de "delito infamante", que yo patrociné precisamente en la Comisión jurídica asesora, no prevaleció porque se creyó que era una figura penal no definida en las leyes ni compatible con los nuevos sentimientos penalistas, era mejor representarla por la pena que correspondiese a ese delito; y yo, que no tendría inconveniente en aceptar la expresión "delito infamante" en lugar de la de "una condena de tantos o cuantos años de privación de libertad" he de reconocer que la función en que está traba-

do ese precepto es precisamente significando esto: que la pena de privación de libertad de larga duración corresponde en nuestros cuadros penales a un delito infamante, y, por lo tanto, en este aspecto, que es una causa perfectamente justificada de divorcio, si las circunstancias especialísimas del caso, apreciadas por el juez del divorcio, al momento de solicitarlo el otro cónyuge, no dal la convicción de que hay un motivo para no convertir el hecho penado en especie disolvente del matrimonio, como, por ejemplo, cuando se trata del hecho desgraciado de un hombre que buscó por una vía criminal un bien o una protección a su propia familia.

A esta sola observación quería yo reducir el recuerdo de lo que ha sido esta causa de divorcio en los orígenes de su formación". (566).

La tesis del Sr. Sánchez Román, aunque ingeniosa, no tiene confirmación en el texto de la ley: así los estima el Sr. Villanueva, para el cual el juez no tiene arbitrio para determinar la culpabilidad o inculpabilidad en lo que a este punto se refiere, sino que, de conformidad con el artículo 55 del proyecto de ley de Divorcio, en vista de una sentencia en que a un cónyuge se le condene a más de doce años, "ipso facto", mediante la citación al interesado, y si éste no reconviene, al Ministerio Fiscal, dictará sentencia; mas, si el texto del dictamen se pronuncia por esta causa como objetiva, concuerda con el Sr. Sánchez Román en considerar que la misma hace referencia sólo y exclusivamente a los delitos infamantes, y como no pueden calificarse como tales a los delitos políticos, de ahí la razón de aquella excepción que propone en su voto particular:

"... Para contestar, señores Diputados, al Sr. Sanchez Román y mostrar mi absoluta disconformidad con la tesis propuesta; porque la causa que estamos discutiendo es tajante; no se determina ahí si existe o no existe culpabilidad; tampoco se determina que los jueces, con arreglo a su criterio, determinarán la culpabilidad o no culpabilidad; la causa dice:

"La condena del cónyuge a la pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años". Por lo tanto, desde el mismo momento que existe una condena, sea por un delito común, sea por un delito político o sea por un delito social, que le imponga más de doce años, el cónyuge inocente tiene acción para pedir el divorcio.

El argumento que hacía mi ilustre compañero Sr. Sánchez Román respecto a que los jueces determinarán la culpabilidad o inculpabilidad en lo que a este punto se refiere, no nos convence, porque basta leer el artículo 55 del proyecto de ley del Divorcio, y en este artículo se dice: "Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por hechos de los señalados en los 1º, 2º, 7º y 11 -que casualmente se refieren a la condena-, el juez dará traslado al demandado, y si éste no reconviniere ni alegare excepción suficiente, citará, sin más, al Ministerio fiscal y dictará sentencia". Es decir que el juez no tiene arbitrio para poder determinar la culpabilidad o inculpabilidad; el juez, en vista de una sentencia en que a un cónyuge se le condene a más de doce años, "ipso facto", mediante la citación al interesado, y si éste no reconviniere, al Ministerio Fiscal, dictará sentencia. Es decir, hace prueba plena la sentencia firme en la cual se le condena a más de doce años.

Por lo tanto, yo creo, teniendo en cuenta -y en eso abundo en la opinión del Sr. Sánchez Román- que única y exclusivamente para esos delitos infamantes era para los que pudiera proceder el divorcio, creo que nunca se puede considerar como delito infamante, todo lo contrario, el delito político, y que en el caso de un condenado por un delito político o por un delito social a una pena, aun cuando excediese de doce años, no podía, en manera alguna, puesto que no es delito infamante, el cónyuge inocente pedir la acción de divorcio. Esta era la razón, abundando en la tesis del Sr. Sánchez Román, por la que este Diputado formuló al artículo que se

discute esta excepción referente a los delitos políticos" (567).

Por creer que el artículo 55 del proyecto de ley de Divorcio al que alude el Sr. Villanueva es, precisamente, la cabal, taxativa y absoluta demostración de su tesis, interviene de nuevo el Sr. Sánchez Román que estima que cuando el demandante acompañe a su demanda copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte ha sido condenado por el tiempo exigido por esta causa 11, el juez deberá dar traslado de esta petición a la otra parte para que reconvenga o excepcione lo que sea procedente para enervar la acción ejercitada por la parte actora, pudiendo entonces excepcionar que se le va a hacer reo de una causa de divorcio, cuando su conducta es falimiarmente intachable porque obró en estímulo de servir -aunque fuera por camino ilícito- a los bienes de la familia, y después de esta alegación no puede haber juez que dicte sentencia declarando el divorcio:

"... Quiero rectificar en dos palabras, porque realmente mi compañero el Sr. Villanueva ha completado la indicación general que yo hacía a la Cámara. El artículo 55, de que nos ha dado lectura, es, precisamente, la cabal, taxativa y absoluta demostración de la tesis que yo venía sosteniendo. Si el cónyuge cuyo consorte ha sido condenado a una pena de las que constituyen causa de divorcio, acompaña, con su escrito al juez, la sentencia y dice: "Mi cónyuge ha sido condenado, que se me divorcie por esta causa", dice la ley: "Entonces se le dará traslado de esta petición a la otra parte". ¿Para qué?. ¿Por el gusto de que lo sepa?. Evidentemente, no. Se le da traslado, como dice la ley, para una de estas dos causas: o para que reconvenga, si a ello hubiere lugar por algún motivo de divorcio en que incurriera el cónyuge que lo pedía, caso al que no nos vamos a referir, o para que excepcione lo que sea procedente para enervar la acción ejercitada por el otro. ¿Y qué es lo que puede excepcionar?. ¿Qué el documento que acompaña a la sentencia no es auténtico? Evidentemente, no (El Sr. Villanueva: Que hubo una amnistía

o un indulto). Puede también excepcionar que se le va a hacer reo de una causa de divorcio, cuando se conducta es familiarmente impecable, porque obró en estímulo de servir (aunque fuera por camino ilícito) a los bienes de familia. Y si después de esa alegación, que le ha abierto de manera especial la ley, hay un juez que dicte sentencia declarando el divorcio, habrá que reconocer que, al mismo tiempo que las leyes, tendríamos que hacer un órgano de interpretación de las mismas que estuviera en el curso de los métodos de la interpretación humana, porque, en otro caso, resultaría que nuestros órganos jurisdiccionales interpretaban las leyes por unos métodos absolutamente mecánicos, sin compás ni parecido con ninguno de los que se practican por el mundo en esta materia divorcial" (568).

Para defender la tesis del Sr. Sánchez Román, por estimar que el proyecto no consideraba únicamente en esta causa 11 el hecho objetivo de la separación como motivo de divorcio, sino que estimaba implícitamente el principio de la culpabilidad del cónyuge condenado por la comisión de un delito infamante, interviene en la discusión el Sr. Rey Mora que sugiere a la Comisión -sugerencia que no tuvo acogida alguna en la misma- el caso posible de un error judicial cuando, aun habiendo sido condenado el cónyuge por un Tribunal de Justicia, "a posteriori" aparezca desdibujada su responsabilidad y no sea reo de un delito infamante, rogando a la Comisión que se estudiara el modo de encajar ese posible error judicial dentro de los procedimientos de justicia:

"... Las palabras del Sr. Sánchez Román han restablecido el verdadero espíritu de la ley de Divorcio, pues se estaba quebrando un poco en la discusión el carácter marcadamente culposo de la ley, tanto más en esta causa.

Yo ya me imaginaba que al señalar el proyecto un plazo de duración tan largo, no consideraba únicamente el hecho objetivo de la separación como motivo de divorcio, sino que

estimaba implícitamente el principio de la culpabilidad del cónyuge, y así decía: "Tú, cónyuge, puedes divorciarte, te doy derecho a divorciarte porque el otro consorte ha cometido un delito que, en el concepto social, te infama; pero no por el hecho de la simple separación". La prueba de ello es que el proyecto de ley valora de distinta forma la separación y el abandono y la imposición de una pena. Y puesto que es premisa distinguir, para que el divorcio se produzca en el caso de la condena, la existencia de la responsabilidad o la culpabilidad por parte del cónyuge condenado, de tal forma que, por ser reo de delito infamante, la ley concede derecho al otro cónyuge para divorciarse, me permito sugerir a la Comisión el caso posible de un error judicial, cuando, aun habiendo sido condenado el cónyuge por un Tribunal de Justicia, "a posteriori" aparezca desdibujada su responsabilidad y no sea reo de un delito infamante, sino víctima de un error o de un procedimiento deficiente o de una inquisición mal llevada. ¿Qué ocurre entonces?. ¿Sufrirá este cónyuge las consecuencias de un divorcio?

Yo me permitiría rogar a la Comisión que estudiara el modo de encajar este posible error judicial dentro de los procedimientos de justicia" (569).

A pesar de estar en contra de esta causa de divorcio, interviene de nuevo en el debate el Sr. Ossorio y Gallardo para rogar a la Comisión, al Sr. Sánchez Román y a la Cámara que se busque una nueva redacción de la misma que puede dar satisfacción al sentido con que el Sr. Sánchez Román ha defendido la orientación del texto, pues es claro que no cabe pensar que el juez va a tener arbitrio ni libertad tal y como está redactada la causa:

"... Yo insisto en que votaré contra esta causa de divorcio, cualquiera que sea su redacción, por los motivos que antes he expuesto y que sería impertinente repetir. Pero las palabras del Sr. Sánchez Román me determinan a rogar a la Comi-



sión, al Sr. Sánchez Román y a la Cámara que se busque una redacción que pueda dar satisfacción al sentido con que el Sr. Sánchez Román ha defendido la orientación del texto.

Me parece mal también lo de la pena infamante; pero, en fin, si se dice "pena infamante", "pena tenida en el concepto público por afrentosa", o se busca otra expresión semejante, se habría abierto el camino al arbitrio judicial, en el cual fía el Sr. Sánchez Román, y hace bien; porque, en efecto, una ley de esta especie tiene que dejar un gran margen a la apreciación, no sólo jurídica, sino ética de los Tribunales. Pero hay que abrir el camino con la redacción; lo que no cabe es engañarse pensando que el juez va a tener arbitrio ni libertad si queda redactada la causa así: "La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años". Este texto escueto, tajante, limitará en absoluto toda libertad moral de apreciación del juez. Búsquese otro, con la amplitud que el Sr. Sánchez Román pide, y esto quedará menos mal. A mi juicio, mal siempre" (570).

Es ahora el Sr. Salazar Alonso, de la Comisión, fervoroso partidario de la técnica de la discrepancia objetiva, que, mas que responder al Sr. Ossorio y Gallardo, ratifica el sentido mayoritario en el seno de la Comisión que se pronunció por esta causa, como objetiva:

"... Breves palabras, pero obligadas después de la propuesta que acaba de formular el Sr. Ossorio y Gallardo, para decir que este criterio, estas discrepancias que cada vez se muestran en la Comisión, responden a los dos tipos de divorcio, diferencias que nos acompañan siempre a los que vamos, como el que habla, buscando aquel criterio transaccional que con admirables palabras describía el Sr. Sanchís Banús, pero salvando, desde el primer momento, que estamos al lado de las legislaciones que atienden a las discrepancias objetivas, y como un criterio transaccional, cuando examinadas cada una de las causas vamos viendo a veces, Sr. Sánchez Román, que

la ausencia no es sólo culposa, porque ya sabe S.S. que hoy las legislaciones llegan a aceptar que incluso el adulterio cabe que se incluya en la discrepancia objetiva, y en la ausencia atienden al hecho, nosotros cuando defendemos una posición ante la Ley de Divorcio, no es que transijamos en la ausencia, transigimos en otras causas y pedimos transacción en causas como ésta.

Y hace falta decir que estos criterios aquí expuestos se mantuvieron en el seno de la Comisión y la mayoría de votos se pronunció por esta causa, como objetiva, y no por las razones alegadas por el Sr. Sánchez Román. Es decir, que la explicación que S.S. nos ha dado hoy, más vale para quitar esta causa que para defender el dictamen, como él lo hacía, con notoria contradicción.

Yo quiero hacer esta salvedad después de la propuesta con la que invitaba el Sr. Ossorio y Gallardo a que se busque una fórmula, porque surgirá la misma discusión, y si hablamos de delitos infamantes no nos preocuparemos del número de años, ya que puede haber delitos que con penas muy inferiores produzcan una nota infamante a la familia; criterio que yo, de antemano, rechazo, porque aun en la teoría de la culpabilidad busco la relación de cónyuge a cónyuge, no la culpabilidad con respecto a un modo exterior que pueden decretar los Tribunales de Justicia. La fórmula, pues, Sr. Ossorio y Gallardo, será recibida, como siempre, para mirarla y estudiarla; pero conste que la realidad del debate en el seno de la Comisión ha sido la de estos dos criterios fundamentalmente opuestos. Esto es lo que quería hacer observar antes de aceptar la propuesta del Sr. Ossorio y Gallardo" (571).

Frente a las dos interpretaciones doctrinales habidas hasta entonces, una, los que sostienen que esta causa de divorcio se establece únicamente en función del tiempo de la condena y dándose éste el juez debe dar lugar a la misma, y otra, la de aquellos que sostienen que, fundándose la ley en el principio

de la culpa, basan esta causa en el principio de discrepancia subjetiva aun cuando entienden que los jueces, en su aplicación pueden en casos excepcionales oponerse a su estimación cuando entiendan que en el hecho penado no hay culpa contradictoria al sentido moral del matrimonio, se propone una solución sencilla por el Sr. Botella, consistente en añadir al texto del dictámen lo siguiente: "... por tanto número de años, siempre que se estime culpable a los efectos de esta ley":

"... A mi juicio, Sres. Diputados, se ha producido en torno al voto que se discute una cuestión de interpretación doctrinal. De una parte están los que sostienen que si la causa de divorcio se establece únicamente en función del tiempo de la condena, si se dá ésta en el tiempo que la ley señala, el juez no tendrá más remedio que admitirla como causa de divorcio, porque donde la ley no distingue, el juez no podrá distinguir tampoco. Y enfrente de esta doctrina hay la del Sr. Sánchez Román, que ha demostrado su gran competencia como jurisconsulto, porque, elevando la interpretación a un plano superior, ha venido a sostener una doctrina, respetable desde luego: la de que, fundándose la ley en el principio de la culpa, un juez inteligente, si entre en el fondo de la misma, podrá, al tenor que aplicar ese artículo, oponerse a la aplicación de una causa de divorcio cuando entienda que no coincide, al mismo tiempo que el número de años que establece la ley, el principio de la culpa en que ésta se funda.

Esto, Sres. Diputados, por lo menos originaría un problema para la jurisprudencia; problema que nosotros debemos resolver desde ahora para evitarlo, y yo creo que esta solución es sencilla y fácil, en cuanto al texto de este dictamen de la Comisión se le añada lo siguiente: "Por tanto número de años, siempre que se estime culpable a los efectos de esta ley". Con eso está resuelto el criterio de los unos y de los otros; porque puede haber casos, como decía el Sr. Ossorio y Gallardo, en que, realmente, la condena no proceda -

de motivos culpables a los efectos de esta ley, y otros en que sí proceda; casos que no pueden enumerarse ahora, que no pueden distinguirse de modo detallado y concreto, pero que, dejándolos de este modo al arbitrio del juez, será la manera de que se aplique rectamente cuando proceda y se desestime cuando, a los efectos de esta ley, no resulte culpabilidad" (572).

Esta fórmula es inaceptable para el Sr. Salazar Alonso por confundir dos cosas distintas, la culpabilidad para informar una ley de Divorcio con lo que es la culpabilidad de quien comete un acto que se reputa delictivo por los Tribunales:

"... No ha sido posible que cambiemos impresiones acerca de esta fórmula que propone el Sr. Botella Asensi; pero, desde luego, digo que ésta sí que es absolutamente inaceptable. No podemos confundir la culpabilidad, para informar una ley de Divorcio, con lo que es la culpabilidad de quien comete un acto que se reputa delictivo por los Tribunales. Son dos cosas completamente distintas. (El Sr. Ossorio y Gallardo: En la bigamia se ha hecho). Hace falta mantener con claridad los dos principios; pero querer poner un aditamento al artículo diciéndose: "siempre que resulte culpable con arreglo a esta ley", permítame el Sr. Botella que le diga que esto no es decir nada, aunque S.S. estime otra cosa.

Cierto, Sr. Botella, que dará lugar a interpretaciones de jurisprudencia; yo bien lo veo; pero obsérvese (y perdón si hago estas indicaciones) el peligro de hacer las leyes de este modo. Casi hubiera sido preferible la discusión de una ley de Bases donde se fijasen los principios a que la ley había de sujetarse; pero cuando estamos ante una ley donde se baraja el juego de los dos principios que informan la legislación de Divorcio, a cada paso veremos cómo votamos una causa creyendo unos que responde a un principio de culpabilidad y otros a un principio de objetividad. En la forma de llevarse a cabo la elaboración de esta ley era forzoso

que surgiera esta discrepancia.

Lo que no quiero en definitiva, puesto que he de votar el dictamen, es que se sepa que lo voto por otras razones, no por las exegéticas que daba el Sr. Sánchez Román. Por eso nosotros, sintiéndolo mucho, no podemos aceptar la adición que propone el Sr. Botella" (573).

Tampoco es aceptable la fórmula del Sr. Botella para el Sr. Sánchez Román, pues de añadir ese condicionante a esta causa habría igualmente que añadirlo en las demás ya que, de lo contrario, habría un motivo de desorientación para los Tribunales que podrían sacar argumentos de que en las demás causas no se dijera nada de la culpabilidad y en ésta sí, siendo así que el proyecto de ley es un proyecto de divorcio culpable; asimismo señala la contradicción que ve en la conducta del presidente de la Comisión parlamentaria, Sr. Salazar Alonso, que declarándose afecto a la doctrina del divorcio objetivo está votando a favor del proyecto ministerial que es absolutamente de divorcio culpable:

"... Lamento insistir otra vez sobre este punto que se discute en relación con la causa que estamos tratando; pero quiero dejar sentado algo muy concreto y muy terminante, y que sirva también para lo sucesivo, porque tengo la sospecha de que navegamos por un cauce que nos puede llevar al despeñadero que nos ha anunciado, sin darse cuenta, el presidente de la Comisión.

Yo aceptaría una fórmula cualquiera de redacción, pero me detengo en contra de la del Sr. Botella, por una consideración muy concreta. Si en esta causa hay que decir al final "en el caso de que sea culpable a los efectos de esta ley", resultaría también, puesto que estamos todos conformes en que el proyecto de ley es un proyecto de divorcio culpable, que habría que repetirlo en cada una de las causas la misma condicionante y, si no se repite, quedará siempre

abierto un motivo de desorientación para los Tribunales, que podrían sacar argumentos de que en las demás causas no se dijera nada de la culpabilidad y en ésta sí.

Ahora quiero recoger una observación del presidente de la Comisión dictaminadora, que ha tenido -y ya es difícil- la virtud de encontrarme en contradicción conmigo mismo, yo que soy un hombre disciplinado que ha creído ver en mí, me tiene aterrado cuando la veo en él, porque él es presidente de la Comisión dictaminadora de esta ley, y dice: "Yo profeso la doctrina del divorcio objetivo y estoy dictaminando de absoluta conformidad con el proyecto ministerial que es absolutamente de divorcio culpable".

Ahora sí que me produce a mí pánico esta ley que estamos elaborando, porque yo creía, y estaba de eso convencido, que el proyecto ministerial era un proyecto de divorcio sobre el principio de la culpa, sin más excepción que la única que admiten todos los sistemas de divorcio culpable, que es la enajenación mental, y ahora resulta que el presidente de la Comisión parlamentaria me dice que no, porque cuando él vota y ampara con su indiscutible autoridad todas estas causas, lo hace pensando en el divorcio por discrepancia objetiva. Y esto, a mí, francamente, me tiene aterrado, por contradictorio" (574).

Para defenderse de esa contradicción que el Sr. Sánchez Román ve en su conducta, interviene de nuevo el Sr. Salazar Alonso que destaca su doble condición de jurisconsulto y de parlamentario, y si como jurisconsulto mantiene una determinada doctrina, como parlamentario y presidente de la Comisión entiende que su misión es la de dirección de los debates y no la de imposición u obtáculo a una obra legislativa, aun cuando ésta no satisfaga todos sus principios doctrinales:

"... Brevísimamente, para que no queden en el aire estas últimas palabras del Sr. Sánchez Román. El Sr. Sánchez Román

tiene, en efecto, ya él lo sabe, toda mi admiración, y para mí es un maestro; ahora que hay dos planos distintos: el plano puramente del jurisconsulto y el plano del parlamentario y yo recordaba cuando explicaba mi posición (que no era sólo la mía, sino también de otros miembros de la Comisión) que las palabras del Sr. Sanchís Banús, que nos sirven de justificación, nos mostraban una ley de verdadera transacción, y nosotros creíamos que en una buena norma parlamentaria (ya dije cómo creo que se deben redactar estas leyes, con leyes de bases que fijen los principios y con Comisiones técnicas que las desarrollen), en una buena técnica parlamentaria y democrática, no venimos a hacer una obra de obstáculo porque no prospere nuestra doctrina, sino que nos sumamos a la colaboración y al trabajo, y el presidente de la Comisión tiene muy buen cuidado siempre de no hacer que prevalezca su criterio y su doctrina, porque entiende su misión, no como una misión encauzadora ni aleccionadora (que estaría muy lejos de la realidad y de mi posibilidad), sino simplemente de dirección de los debates, nombrado y diferido por compañeros más ilustres que yo que tuvieron la bondad de colocarme en este sitio.

Por eso, no vea el Sr. Sánchez Román contradicción en mí, sino un deseo de colaborar en una obra legislativa, aunque no llegue a satisfacer todos mis principios doctrinales. Mi deseo de trabajar, escondiendo a veces mis doctrinas, para someterme, en una buena obra democrática, a lo que la mayoría acuerde. Por lo demás, estimo imprescindible que no haya confusión, pues hay dos puntos doctrinales opuestos y no sirve que los queramos unir, porque siempre nos los encontraremos.

También he de decir que si algún día, cuando esta causa se invocara, y después de las palabras del Sr. Sánchez Román, atendiendo a su admirable hermenéutica, su competencia y su fama como jurisconsulto pudieran ser buscadas por los Tribunales como nota interpretativa, se encontrarían éstos

con que muchos de los votos que aquí se dieron no seguían las normas que él trazara ni las causas que motivaron su intervención, con lo que esa jurisprudencia queda en absoluta libertad, sin tener una exégesis previamente determinada por la fama bien merecida de mi querido compañero, a quien rindo nuevamente público testimonio de mi admiración (muy bien)" (575).

Para insistir en que se tome en cuenta la adición por él propuesta, interviene de nuevo en el debate el Sr. Botella:

"... Para salvar una pequeña discrepancia con el Sr. Sánchez Román, que para mantener su criterio parte de dos premisas, la primera, que la ley se informa en el principio de la culpa, y nos encontramos con que el presidente de la Comisión y el Sr. Baeza Medina, que han hablado a este propósito, no están de acuerdo ninguno de los dos con esta premisa sentada por el Sr. Sánchez Román, y la segunda, que el juez podrá aplicar, y yo veo en esto una posibilidad para la jurisprudencia, pero no una seguridad, ni mucho menos, como el Sr. Sánchez Román. Por consiguiente, creo que estaría más claro salvar este criterio, añadiendo: "cuando resulte culpable o cuando sea culpable, a los efectos de esta ley".

El presidente de la Comisión dice que esto no es decir nada. Creo yo que esto es decirlo todo, porque en las condenas pueden darse los dos casos contrarios: que proceda de delito en que el cónyuge culpable haya actuado en defensa del otro cónyuge, en defensa de sus hijos o de los deberes familiares, o por móviles que infamen y perjudiquen a la familia, y esto es tan claro en la conciencia del juez, que sin más que darle estas normas resolvería los casos los casos seguramente de conformidad con los propósitos que han informado las intervenciones de los distintos señores que han tomado parte en este debate.



Por estas razones me permito proponer a la Comisión que tome en cuenta la adición que he propuesto, porque vencería indudablemente, a conciliar el parecer doctrinal del Sr. Sánchez Román y en el sentido práctico el del Sr. Ossorio y Gallardo, así como los mismos deseos de la Comisión de que se aplique esta causa de divorcio en los casos en que realmente proceda, según el principio de culpabilidad en que se basa la ley" (576).

Ante el camino que toma el debate, el presidente de la Cámara, a pesar de los ruegos del Sr. Ossorio y Gallardo para que la Comisión se pronuncie sobre la aceptación de una redacción de esta causa 11 más acorde con el arbitrio judicial, cree oportuno volver al punto de partida, que es el voto particular del Sr. Villanueva, y pregunta a la Cámara si lo toma o no en consideración: En votación ordinaria, quedó desechado el voto particular por 91 votos contra 51 (577).

En la sesión del día 16 de Febrero de 1932 -NUM. 116- se procedió a la votación de esta causa 11: Verificada votación ordinaria, votando en pro 72 Sres. Diputados y en contra 15; no habiendo número suficiente de Sres. Diputados, a petición del Sr. Gomáriz, se procedió a continuación a su votación nominal y, verificada ésta, quedó aprobada la causa 11 por 142 votos contra 8 (578).

Al aprobarse esta causa 11 tal y como resultaba del texto del dictamen de la Comisión, con la sola variación en cuanto al tiempo de la condena, es indudable su inclusión en el grupo de las causas de discrepancia objetiva: El testimonio de sentencia firme condenatoria a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años, con independencia de la clase de delito por el que se hubiera sido condenado, daba lugar, sin otra clase de requisitos, a la estimación de la acción de divorcio o separación (579).

---

(554) El proyecto de ley sobre el divorcio establecía como causa de divorcio en el apartado 10 de su artículo 32 "la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior

a seis años". A su vez, el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio señalaba como causa de divorcio en el apartado 11 de su artículo 3º "la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años":

Una enmienda, que se leyó por primera vez y pasó a la Comisión en la sesión del día 4 de febrero de 1932 -NUM. 111-, de la Srta. Campoamor proponía, en cuanto al tiempo de condena, el ya establecido por el proyecto de ley:

Los diputados que suscriben tienen el honor de proponer a las Cortes la siguiente enmienda al artículo 3º del dictamen de la ley de Divorcio:

La causa 11 deberá quedar redactada en la siguiente forma:

"La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis meses".

Palacio de las Cortes, 4 de febrero de 1932, Clara Campoamor.- Eloy Vaquero.- José Domínguez Barbero.- Melchor Marial.- Manuel Torres.- Matías Peñalba: DIARIO DE SESIONES, APENDICE 6º AL NUM. 111:

Esta enmienda no se discutió por cuanto que la Comisión, en atención a enmiendas presentadas que intentan reducir ese tiempo de condena, y en virtud de un criterio que predominó en la misma comisión, redujo los doce años consignados en el dictamen a diez, siendo en definitiva, aprobada la causa 11 del artículo 3º según la redacción del dictamen de la Comisión, con esa variación en cuanto al tiempo de condena.

Una enmienda, que se leyó por primera vez anunciándose que pasaría a la Comisión en la sesión del día 28 de enero de 1932 -NUM. 107-, del Sr. Palet proponía la siguiente redacción de esta causa 11 del artículo 3º del dictamen de la Comisión:

Los Diputados que suscriben tienen el honor de proponer a las Cortes las siguientes enmiendas al dictamen de la Comisión de Justicia sobre el proyecto de ley del Divorcio:

La expresión de la causa 11 se redactará así:

"11. La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a cinco años, si el hecho delictivo que cometió implica un espíritu anormal o criminoso por su naturaleza o circunstancias, incompatible con el espíritu recto del otro cónyuge, o por tiempo superior a doce años en otro caso.

En la reincidencia por cualquier delito, dentro de un plazo de doble del tiempo que haya durado la anterior pérdida de libertad, se computará el tiempo de privación de ella que imponga la nueva condena, con el de la anterior o anteriores, a los efectos de los tiempos que establece el apartado anterior".

Palacio de las Cortes, 28 de Enero de 1932. Domingo Palet.- Antonio Xiráu.- Luis Companys.- Antonio M. Sbert.- Juan Ventosa Roig.- Juan Selvas.- Humberto Torres.- Angel Samblancat: DIARIO DE SESIONES, APENDICE 2º AL NUM. 107.

Esta enmienda tampoco se discutió ante la Cámara, siendo probable que fuera retirada por quien la suscribió.

(556) Aun cuando "prima facie" puede definirse el delito político como aquél que "lesiona valores pertenecientes a la comunidad política", se contraponen normalmente dos criterios distintos de diferenciación de los delitos de esta clase con respecto a los delitos comunes: Unos ven en el lado subjetivo -la intención del autor- el criterio de diferenciación: sería delito político el delito cometido con una intención política, sin ningún otro tipo de consideración; otros centran el criterio de diferenciación de un modo más objetivo en el bien jurídico que se infringe: sería delito político el delito que atenta a valores jurídicos de naturaleza política; el criterio mixto intenta, a su vez, considerar coetáneamente tanto el móvil del autor como la naturaleza del bien jurídico infringido: sería delito político el delito en el que el objeto ideal del sujeto pasivo sea político y en el que el bien jurídico protegido sea de naturaleza política: Juan del Rosal.- Luis Rodríguez Ramos: Compendio de Derecho Penal Español, Parte General, págs. 128-129, Ediciones Darro-M. 1974.

Mas en definitiva la proyección práctica del concepto de "delito político" se sale del ámbito de lo jurídico para entrar en el ámbito de lo político.

(556) "Las causas legítimas de divorcio son: 6º: La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua": Artículo 105, causa 6ª del Código Civil según redacción originaria.

(557) Intervención del Sr. Villanueva en la discusión del voto particular por él suscrito: Diario de Sesiones, tomo VI pág. 3761.

(558) Intervención del Sr. Sapiña, en nombre de la Comisión, en la discusión del voto particular del Sr. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones Tomo VI, pág. 3761.

(559) Intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3761-3762.

(560) Intervención de la Srta. Campoamor en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3762.

(561) Nueva intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3762.

(562) "Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuestas del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de PRISIONES o a petición de parte.

En los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable": Artículo 102 de la Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931: Torno Galván, Enrique: Leyes políticas Españolas Fundamentales -1808-1936-, pág. 295; Ed. Tecnos, 2ª reimp., M. 1975.

(563) Intervención de la Srta. Campoamor en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3762-3763.

(564) Intervención del Sr. Ossorio y Gallardo en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3763.

(565) Intervención en el debate, en nombre de la Comisión, del Sr. Baeza Medina, D.S., Tomo VI, pág. 3763.

(566) Intervención del Sr. Sánchez Román en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3764-3765.

(567) Intervención del Sr. Villanueva en defensa del voto particular por él suscrito: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3765.

(568) Intervención del Sr. Sánchez Román en la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3765-3766.

(569) Intervención del Sr. Rey Mora en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3766.

(570) Nueva intervención en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez y del Sr. Ossorio y Gallardo: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3766.

(571) Intervención del Sr. Salazar Alonso, de la Comisión, en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: DIARIO DE SESIONES, Tomo VI, págs. 3766-3767.

(572) Intervención del Sr. Botella en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3767.

(573) Intervención del Sr. Salazar Alonso en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez para oponerse a la fórmula propuesta por el Sr. Botella: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3767.

(574) Intervención del Sr. Sánchez Román en el debate que origina la discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez para oponerse igualmente a la fórmula del Sr. Botella: Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3767-3768.

(575) Intervención del Sr. Salazar Alonso en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez para contestar al Sr. Sánchez Román: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3768.

(576) Intervención del Sr. Botella en el debate que origina el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez para insistir en la fórmula por él propuesta: Diario de Sesiones: Tomo VI, pág. 3768.

(577) Discusión del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez; Diario de Sesiones, Tomo VI, págs. 3761-3769.

(578) Votación por la Cámara de esta causa 11 en la sesión del día 16 de Febrero de 1932 - MUN. 116-: Diario de Sesiones, Tomo VI, pág. 3805.

(579) Así parece lo entendió la doctrina del Tribunal Supremo en la única sentencia en que tuvo oportunidad de abordar el estudio de esta causa: ST. T.S. de 29 de Abril de 1933 -R.J.A. 1932-1933 Nº 1662, pág. 677-: El recurso formulado por la esposa contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haberse apreciado la existencia de la causa 11 del artículo 3º de la citada ley, alegada por el esposo como fundamento de su demanda reconvencional de divorcio siendo desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por cuanto su realidad se acepta por la propia recurrente, quedando además patente su existencia en los autos, declarando además no haber lugar a declarar culpable a ninguno de los cónyuges:

"... Que con el mismo acierto estimó el Tribunal sentenciador los fundamentos de la reconvención, por cuanto se halla basada en la causa undécima del artículo tercero de la citada ley, cuya realidad se acepta por la propia recurrente al invocarla su cónyuge don C.G., y en los autos se halla patentizada de modo claro e inequívoco; del mismo modo que resolvió declarando no haber lugar a declarar culpable a ninguno de los esposos ni temerario a los efectos procesales, porque así lo exige la prudente apreciación de los elementos obrantes en el pleito".

7.13. "La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años": Causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio" (580).

7.13.1. Naturaleza jurídica de esta causa de divorcio o separación:

La causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio es una causa "sine culpa", basada en el principio de "discrepancia objetiva". De su naturaleza consensual y objetiva se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Esta causa de divorcio o separación no puede acarrear responsabilidades para ninguno de los cónyuges por su naturaleza consensual y objetiva: La apreciación de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, atendida su naturaleza objetiva, impone la declaración de inculpabilidad de ambos cónyuges (581); de ahí que sea jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a la misma y se atribuya imputación de responsabilidad singular, pues, según una inteligencia racional de los preceptos legales, la culpabilidad no puede apreciarse porque la culpa a los efectos del divorcio o la separación existe cuando uno de los cónyuges infringe o viola un deber matrimonial con daño o perjuicio del otro cónyuge o de los hijos, infracción que no puede darse en esta causa duodécima por su carácter consensual y objetivo que, sin originarse de un acto culposo del agente, es estimada por la Ley como suficiente para autorizar el divorcio o la separación de los cónyuges en razón a llevar consigo, de hecho, la ruptura de la comunidad de vida (582).

b) Por su naturaleza consensual y objetiva, si existe esta causa de divorcio o separación, debe reconocerse el derecho a pedirla y obtenerla a cualquiera de los cónyuges que la invoque para pedir el divorcio o la separación, o a ambos, si los dos la alegan y no se admitieran otras contradictorias (583), pero lo que no es admisible es que, desestimándose para uno de los cónyuges, se conceda al otro con detrimento de la equidad y de la justicia (584).

c) Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no puede ser invocada esta causa de divorcio o separación cuando se presenta y propone en colisión con otra causa demostrada que implique culpabilidad imputable a quien la alega, y ello por la preeminencia de las causas subjetivas sobre las meramente objetivas, aun cuando aquéllas se adujeran tan sólo para instar la separación de personas y bienes (585); mas es errónea la tesis que desestima esta causa por el mero hecho de haberse invocado junto a otras de discrepancia subjetiva que no tuvieron demostración cumplida en los autos (586).

d) Según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, había de decretarse la disolución del vínculo conyugal en detrimento de la mera separación de los cónyuges cuando por ambos se hubiese alegado y probado la existencia de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, solicitando uno de los cónyuges la disolución del matrimonio y el otro la separación de personas y bienes, pues en razón a la intensidad absorbente de los efectos legales del divorcio absoluto respecto a los más sucintos y débiles de la mera separación corporal ha de prosperar jerárquicamente la petición de divorcio vincular sin que, por virtud de lo preceptuado en el artículo 43 de la Constitución, pueda uno de los cónyuges limitar el derecho del otro a pedir y obtener el divorcio por esta causa de naturaleza consensual y objetiva por el hecho de solicitar al mismo tiempo y por esta misma causa la separación de personas y bienes (587).

---

(580) El número once del artículo 3º del proyecto de ley de Divorcio establecía como causa legítima de divorcio: "La separación de hecho, libremente consentida durante cinco años"; a su vez, el número doce del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio modifica el plazo fijado en el proyecto rebajándolo a tres años: "La separación de hecho, libremente consentida, durante tres años":

La configuración definitiva de esta causa de divorcio o separación se debe a una enmienda suscrita por el Sr. Casanueva en que proponía la siguiente redacción de la causa doce del artículo 3º del dictamen: "La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida, durante cinco años" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUN. 109): Lefda por segunda vez en la sesión del día 16 de febrero de 1932 -NUN. 116-, el Sr. Fernández Clérigo, en nombre de la Comisión, acepta la enmienda en cuanto se refiere a exigir la separación en distintos domicilios, pero no en cuanto al plazo por entender que con tres años de separación hay tiempo más que suficiente para presumir un consentimiento conyugal, pues si para el mutuo disenso basta un año, se considera por la Comisión que con tres de separación en distintos domicilios hay más que suficientes para inferir la voluntad, que es lo único que hay que constatar aquí;

aun cuando el Sr. Casanueva cree debe de aceptarse su enmienda también en lo relativo al plazo, que es el plazo que fijaba el Sr. Ministro en el proyecto de ley, se da por conforme con que la Comisión haya aceptado una parte de la misma, quedando, sin más discusión, tomadas en consideración por la Cámara en la forma aceptada por la Comisión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3806).

Una enmienda suscrita por el Sr. Gasset proponía quedara redactado en los términos siguientes el apartado doce del artículo 3º del dictamen:

"12: La separación de hecho durante tres años, residiendo en una misma población, por voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, y por el mismo plazo en poblaciones a no ser que hubiera mediado convenio entre los mismos por motivos justificados" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109): Se establece, pues, una diferencia según que la separación sea en la misma población en cuyo caso, transcurrido el plazo de tres años, debe darse lugar al divorcio por entenderse que el matrimonio está en perfecto acuerdo en no vivir juntos, o en poblaciones distintas en cuyo caso, transcurrido igualmente el plazo de tres años, debe darse lugar al divorcio a no ser que exista previo acuerdo de los cónyuges para esa separación por motivos justificados:

"... Defensor, desde hace cincuenta años, del divorcio, y conforme en un todo con el espíritu en que está inspirada la ley, deseo, sin embargo, para perfeccionarla, que los motivos que la fundamenten sean de tal justicia que no puedan ofrecer a nadie la más mínima duda.

Entiendo que no deben buscarse excusas y pretextos para simular la existencia de una causa de divorcio cuando positivamente esa causa no existe.

La enmienda que defiendo, como otras que he tenido el honor de presentar, tiene un cierto carácter feminista, porque tiende a defender más la situación de la mujer que la del marido. Establezco una diferencia con respecto a si la separación es en la misma población o en poblaciones distintas, porque estimo que, existiendo la separación en la misma ciudad, no cabe duda de que tres años son suficientes para acreditar que aquel matrimonio está de perfecto acuerdo en no vivir juntos y, por consiguiente, debe motivarse el divorcio; pero no ocurre lo mismo cuando los cónyuges residen en poblaciones distintas, porque puede haber motivos que induzcan a tener separadas las viviendas de uno y otro cónyuge y, sobre todo, porque dada la autoridad legal y moral del marido sobre la mujer, podría darse el caso de que ésta, cohibida, alentada o inducida por el marido, estuviera durante ese lapso de tiempo, que es relativamente corto, separada con el único objeto de hacer luego posible el divorcio. Motivos de salud de cualquiera de los cónyuges o de sus parientes próximos, la necesidad de atender a negocios, las propias leyes por las cuales se rigen muchos funcionarios públicos, pueden determinar que los esposos estén separados, no por mala voluntad o por disgusto entre ellos, sino por la necesidad de subordinar su residencia a motivos como los indicados, de salud, de interés, de negocio y hasta en ocasiones impuestas por determinados actos. De ahí que yo establezca que cuando esa separación ocurra en diferentes poblaciones, es decir, cuando el marido resida en una ciudad y la mujer en otra, haya motivo para divorcio si no existe previo acuerdo para esa separación, porque si, efectivamente, resulta que marido y mujer se han separado por esas razones de mutua conveniencia, no debe juzgar uno de ellos la separación como motivo de divorcio.

Y en realidad es cuanto tenía que decir. Yo agradecería a la Comisión que se fije en que no se trata de obstaculizar con una enmienda más, sino de mejorar el proyecto, si ello es posible, y en vista de esa consideración espero que la Comisión se sirva admitir mi enmienda".

En nombre de la Comisión, el Sr. Fernández Clérigo explica las razones de no admitirse por aquélla la enmienda suscrita por el Sr. Gasset, en primer lugar porque en el primero de sus extremos habla del consentimiento de uno solo de los cónyuges, es decir, de cuando uno de ellos no consienta la separación de hecho, siendo como es necesario el mutuo acuerdo de los cónyuges en la separación y, en segundo lugar porque en el segundo de sus extremos, por lo que se refiere al convenio, desde el momento en que haya convenio para la separación no se tratará de una separación libremente consentida como hecha por ambos cónyuges por motivos

Justificados, y la apreciación de esas situaciones familiares tendrán que ser medidas en cada caso, en uso de su soberanía y facultades, por los juzgadores:

"... El Sr. Gasset ha limitado la defensa de su enmienda a uno de sus extremos, al último precisamente; pero la enmienda dice algo más que el Sr. Gasset no ha sostenido, porque habla del consentimiento de uno solo de los cónyuges; es decir, de cuando uno de ellos no consienta la separación de hecho. Dice así: "La separación de hecho durante tres años, residiendo en una misma población, por voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, y por el mismo plazo en poblaciones distintas, a no ser que hubiera mediado convenio entre los mismo por motivos justificados".

De suerte que se hable primero de la separación por voluntad de uno solo de los cónyuges, y a mí me es igual que residan en la misma población o en población distinta, porque si hay mutuo acuerdo estamos dentro del caso que previene el texto mismo de la Comisión, y si es uno sólo de los cónyuges el que consiente y el otro no, estamos dentro de un caso de abandono siempre culpable, y entonces el cónyuge inocente podrá pedir el divorcio amparado en la causa tercera o cuarta del mismo artículo que estamos discutiendo, y el cónyuge que es culpable no lo puede pedir, porque precisamente el artículo 4º del proyecto veda al cónyuge culpable el ejercicio de la acción de divorcio. Sería el colmo que después de haberse separado, después de haber abandonado al otro cónyuge, después de realizar todo esto sin el consentimiento del cónyuge inocente, se atribuye indistintamente el ejercicio de la acción de divorcio a cualquiera de ellos y el culpable pudiera instar esa acción. De manera que por esta razón cae por su base la enmienda que sostiene, desde este punto de vista, el Sr. Gasset. Pero queda la otra parte, la del convenio, y yo, sin dejar de reconocer la conveniencia que en cuanto al hecho tiene la apreciación de esas situaciones familiares, tengo que decir al Sr. Gasset que esto significa sencillamente una apreciación de realidades que quedará atribuida en cada caso al libre arbitrio de los juzgadores, porque desde el momento en que haya convenio para la separación no se tratará de una separación libremente consentida como hecha por ambos cónyuges, y en cada caso esto será lo que tendrán que medir y apreciar, en uso de su soberanía y facultades, los juzgadores. Nosotros no podemos llegar a tal casuismo en las leyes y en la mecánica de la ley que demos resueltos todos los problemas. Tenemos que sentar los puntos fundamentales de la función judicial, que es la que hará aplicación de estas normas a los casos concretos que la vida le presente".

Para aclarar la primera parte de su enmienda, interviene de nuevo en su discusión el Sr. Gasset, para el cual, en el caso de separación en la misma ciudad, debe accederse al divorcio, transcurrido el plazo de tres años, sin entrar a averiguar las causas de separación y si es por voluntad de uno o de ambos cónyuges; y, respecto al segundo extremo de su enmienda, aclara que en este caso habrá que justificar los motivos, para ver si esa separación ha sido por voluntad de los cónyuges o por motivos superiores a esa misma voluntad:

"... Para rectificar muy brevemente. El digno individuo de la Comisión establece una línea divisoria entre la primera y la segunda parte de mi enmienda y parece deducirse de sus palabras el espíritu de admitir la segunda parte; no así la primera, por lo cual voy a explicarla. Al hablar de la voluntad de uno de los dos cónyuges no debe suponerse que uno de ellos pueda engañar al otro e imponerle su voluntad. No; por el contrario, lo que con esto quiere significarse es que si esa separación es en una misma ciudad, sin entrar a averiguar las causas de esa separación y si es por voluntad de uno o de ambos cónyuges, entonces debe irse al divorcio. Lejos, pues, de oponerse a lo que la Comisión propone, lo que hace la enmienda es fijar más y más las consecuencias de esta disposición. También establece que si es en distinta población habrá que justificar los motivos, para ver si esa separación ha sido por voluntad de los cónyuges o por motivos superiores a esa misma voluntad, porque, como antes indicaba, puede fundarse la separación en motivos de salud, en conveniencias o negocios, y sobre todo, que cabe muy bien, y este es el espíritu de la enmienda, que el marido procure que la mujer esté lejos del hogar con cualquier pretexto, para que transcurridos tres años pueda tener un motivo para el divorcio, y por eso yo quería que constara en el propio artículo de la ley que únicamente dándose las condiciones exigidas por la enmienda podría fundamentarse el divorcio".



No admitiéndose la enmienda por la Comisión, el Sr. Gasset la retira, aprobándose a continuación sin más discusión la causa doce del artículo 3º del dictamen (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3806-3808).

(581) "... Que por ser un hecho cierto y por ambas partes reconocido, el de la separación en distinto domicilio, libremente consentida durante más de tres años y no resultar comprobada ninguna de las demás causas de divorcio alegadas, es indudable el acierto de la Sala sentenciadora al estimarlo así, como lo es también la declaración de inculpabilidad de ambos cónyuges por llevarla consigo la naturaleza de la causa de divorcio, apreciada como única en la resolución recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 284-; "... Que tampoco existe aquella notoria injusticia, en declarar el divorcio por la causa referida, número doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio y no declarar culpable a ninguno de los cónyuges por la separación de hecho de carácter consensual y objetivo que no puede acarrear responsabilidad para ninguno de ellos ya que está regida por un acuerdo de voluntades, máxime cuando como en el presente caso, ambos cónyuges admiten y alegan la separación con todos los requisitos de libertad en el consentimiento y plazo que lo exige para su estimación": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 776-.

(582) "... Que también se funda la injusticia notoria de la sentencia en el hecho de que declarada la separación de personas y bienes únicamente por la causa 12 del artículo 3º, esto es la separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, se declara culpable al recurrente y esta razón de injusticia debe estimarse, porque apreciando la Audiencia tal separación como libremente consentida o de mutuo acuerdo, plenamente acreditado en documento público de 27 de Julio de 1927, suscrito por ambos cónyuges, la culpabilidad no puede apreciarse porque la culpa a los efectos del divorcio o separación existe cuando uno de los cónyuges infringe o viola un deber matrimonial con daño o perjuicio del otro cónyuge o de los hijos, infracción que no puede darse en la causa 12 por su carácter consensual y por ello procede revocar la sentencia en el particular que declara culpable al marido y lo mismo en cuanto a la culpabilidad de la mujer, dada la unidad de causa y el enlace de ambas culpabilidades": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 99-; "... Y aún más flagrante la injusticia en que incurrió el Tribunal de Instancia al atribuir sanción imputativa de responsabilidad singular en casos como éste de discrepancia objetiva, que por inteligencia racional de los preceptos legales y derecho interpretado por constante jurisprudencia no son susceptibles de adjudicación de culpa "inconcreto": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1847-; "... Y como tan fundamentales errores de hecho, ... aumentan además con la declaración de culpabilidad para ambos cónyuges cuando de haber existido la causa duodécima del artículo 3º de la Ley como determinante del divorcio concedido su recta apreciación por la Audiencia no podría haber acarreado responsabilidad para ninguno de los cónyuges puesto que la determinación de separarse por mutuo consentimiento que hubiera adoptado con estricta sujeción en lo dispuesto en la Ley según dijo ya este Tribunal en su sentencia de 9 de Enero de 1933, lo expuesto bastaría para estimar la procedencia del recurso de revisión fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2179-; "... Pero si existe ésta por infracción manifiesta de aquella ley, cuando se estima sólo la causa 12 referida y se declara cónyuge culpable a uno de ellos, toda vez que la citada causa, que requiere como requisito capital el libre consentimiento de los cónyuges, no puede acarrear responsabilidad para ninguno de ellos por su naturaleza consensual y objetiva": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1141-.

(583) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 216-: Demanda el esposo alegando la causa 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio, reconviene a la esposa demandada por las causas 5ª y 7ª, y habiéndose decretado el divorcio de los cónyuges por las citadas causas "culpables", interpone el esposo recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de Instancia fundado en que, por haber sido invocada la causa 12 por ambos cónyuges, debió la Sala estimar

dicha causa respecto a ambos esposos litigantes y no exclusivamente en beneficio de la esposa, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por levantar su argumentación sobre una base falsa:

"... Que el motivo segundo, fundado en que, por haber sido invocada la causa 12 del artículo 3º de la ley de Divorcio, no sólo en la reconvencción, sino también, y con anterioridad, en la demanda, debió la Sala estimar dicha causa respecto a ambos esposos litigantes y no exclusivamente, como lo ha hecho, en beneficio de la demandada, levanta su argumentación sobre una base falsa, pues bien claramente resulta de los considerandos del fallo de relación con su parte dispositiva, que se declara el divorcio, no por la causa 12ª, que por su carácter meramente objetivo no podría justificar el pronunciamiento de culpabilidad que se dicta en contra del demandante, sino por las causas culposas 5ª y 7ª, alegadas por la demandada en su reconvencción y que la Sala conceptúa plenamente probadas".

(584) Cfr. en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1498-.

Así igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1640-: Demanda el esposo alegando la causa 12ª del artículo 3º de la ley de divorcio, reconveniendo la esposa por la misma causa, y habiéndose decretado el divorcio de los cónyuges de acuerdo con lo pedido por la esposa en su demanda reconvenicional, se interpone por el marido demandante recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia impugnando la realidad de la citada causa, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por estar en contradicción con un acto propio por cuanto que el recurrente había alegado esa misma causa que ahora impugna para pedir la separación de personas y bienes:

"... Que la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, aceptada en la sentencia para dar lugar a aquélla a petición de la demandada doña Pilar de V., y cuya realidad el recurrente impugna, basta para demostrar la sinrazón de los que en este sentido solicita, que él alegó esa misma causa para pedir la separación, manifestando en apoyo de su tesis que no eran tres los años que los cónyuges llevaban viviendo separados en la forma exigida por la ley para que proceda estimarla, sino cinco; y fácil es deducir tratándose de una causa tan objetiva como ésta, que o era viable para ambos cónyuges o no era para ninguno, y sin contradecir un acto propio no cabe en buenos principios de derecho invocarla como demandante, y oponerse a que se admita como reconvenido; así pues, si del examen que el Tribunal "a quo" hizo de las pruebas practicadas en el pleito, apreció que existían elementos de juicio bastantes para estimar que se daban en el caso de autos los requisitos necesarios para que se acepte la causa antes citada a propuesta de la parte demandada, tampoco por ello puede estimarse cometida injusticia que determine causa de revisión".

(585) Cfr. "concurcencia de causas de divorcio o separación" en punto 7.1.1. de la tesis, especialmente apartado a).

(586) "... Que unánimes la actora y el demandado en reconocer que ambos han vivido durante más de tres años separados de hecho y en distinto domicilio e invocando mutuamente en sus respectivos escritos de demanda y contestación como causa de divorcio promovido por la esposa y al que no se opone el demandado la señalada en el número doce del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932 y demostrada, además, por amplia y concordante prueba testifical la realidad de aquella separación, incurre en manifiesto y palmario error de "jure" y, por lo tanto, en injusticia notoria, la Sala sentenciadora, al desestimar la petición de la actora que, entre otras causas de divorcio, formuló la antes mencionada, fundándose en que la separación no fue libremente consentida, por el hecho de que la prueba practicada por la actora se encaminaba, además, a la demostración de otras causas distintas a la expresada y que desestima el Tribunal "a quo", siendo en su consecuencia procedente declarar haber lugar al recurso de revisión interpuesto, decretando el divorcio de doña C.A. y don F.R., sin especial imposición de costas, por haberse allanado el demandado a la demanda en cuanto se fundamentaba en la tan repetida causa del artículo 3º de la citada ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1340-. Cfr. NOTAS 294, 295 y 296 de la tesis.

(587) Cfr. "concurcencia de causas de divorcio o separación" en punto 7.1.1. de la tesis, especialmente apartado b), y NOTA 298 de la tesis.

7.13.2. Requisitos que han de concurrir para que prospere la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1933, para que prospere la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio se precisa que concurren los siguientes requisitos:

Primero: Existencia de una separación de hecho.

Segundo: Que esa separación tenga lugar en distinto domicilio.

Tercero: Consentimiento libre de ambos cónyuges.

Cuarto: Que la duración de la separación sea cuando menos de tres años (583).

7.13.2.1. Requisitos objetivos de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

a) Existencia de una separación de hecho:

Si bien es cierto que el carácter marcadamente objetivo que tiene la causa número 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio parece exigir que se contemple el hecho de la separación de los cónyuges, aislado y abstraído de los motivos culposos o no que hayan podido conducir a esa anormal situación, no siendo dable confundir el hecho de tal separación con las causas de la misma (589), es de tener en cuenta que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935, al imponer el legislador, para que sea aplicable dicha causa, no sólo el requisito de la separación en distinto domicilio durante tres años, sino conjuntamente, el de que esa separación sea producto del libre consentimiento de ambos cónyuges, obliga, por modo indirecto, a poner en relación el hecho material de la falta de convivencia, con las circunstancias causales que hayan producido y mantenido ese estado, a fin de que sea ostensible que

se trata de una separación voluntaria y libre, no impuesta por razones de necesidad -como lo serían motivos de salud, cuidado de negocios o intereses, deberes profesionales, etc., que sin verdadera anormalidad en las relaciones conyugales, obligasen a los esposos a tener residencia separada-, ni tampoco por la conducta irregular de uno de los cónyuges que obligue al otro a someterse resignadamente a una situación que no puede decirse libremente aceptada por el solo hecho de no utilizar contra ella determinados recursos, ya que el ejercicio de acciones implica un derecho de la parte ofendida, pero no una obligación cuyo incumplimiento pueda perjudicarle (590).

b) Que esa separación tenga lugar en distinto domicilio:

La expresión "distinto domicilio", al referirse a un matrimonio, denota el que los cónyuges no vivan bajo el mismo techo, y sí en morada u hogar diferentes, siendo ajeno a tal extremo, el que sus distintas viviendas estén o no enclavadas en la misma localidad, y, en consecuencia, es evidentemente errónea la tesis que estima que el "distinto domicilio" a que se refiere esta causa implica el que vivan ambos cónyuges en diferentes poblaciones (591).

7.13.2.2. Elemento subjetivo del libre y mutuo consentimiento:

a) Formas de exteriorización del libre y mutuo consentimiento:

Este elemento subjetivo del libre y mutuo consentimiento presupone una libre determinación de la voluntad de ambos cónyuges respecto a su situación anómala de hallarse de hecho separados y en distinto domicilio que se exterioriza y revela, según declaración constante de la doctrina jurisprudencial, ora por el acuerdo expreso e incidente de ambas voluntades al aceptar y declarar mediante actos positivos y directos la separa-

ción radical de las personas con manifiesta relajación del vínculo matrimonial, ora por la adhesión implícita y pasiva de dichos sujetos a la vigencia constitutiva de ese estado irregular, cualesquiera que hubieren sido los móviles o estímulos determinantes de la desviación experimentada en el orden correcto de la sociedad familiar siempre que contra ellos, en pleno dominio de libertad, no se produjesen las reacciones naturales, dirigidas por marido o mujer a rehacer la armonía conyugal quebrantada, a reconstruir el hogar deshecho y a protestar de la conducta contraria (592):

Conforme a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, esta causa de divorcio o separación comprendida en el número 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio, atendida su naturaleza consensual y objetiva, nace de un acto de la voluntad de ambos cónyuges, bien exteriorizado en forma expresa, así por virtud de documento que suscriban ambos cónyuges en que de modo expreso y terminante manifiesten su decisión de separarse, cualesquiera que hubieren sido los móviles y estímulos que ocasionaran el acuerdo libremente consentido por ambas partes de separarse, siempre y cuando dicho acuerdo de separación no se hubiera impugnado por cualquiera de los cónyuges con anterioridad a la interposición de la demanda de divorcio o separación (593) o que, por ninguno de los cónyuges, se hubiera intentado poner término a esa situación de hecho mutuamente convenida (594), o bien de modo tácito prestando su equiescencia un cónyuge a la separación de hecho, cuando el otro decidió efectuarla, permaneciendo en esa forma durante tres años sin realizar ningún acto de los que con arreglo a la ley podía llevar a cabo para poner término a tal situación, forma de exteriorización del libre y mutuo consentimiento que será analizada detenidamente en el apartado siguiente.

b) Consentimiento libre de ambos cónyuges plenamente acreditado por quien alega esta causa doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La causa número doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio supone el voluntario apartamiento de los cónyuges, con ruptura de afectos y de vida común, para dirigir su existencia por rumbos y en ámbitos distintos a los de una íntima y solidaria convivencia, que caracteriza la comunidad matrimonial (595): La separación de hecho y en distinto domicilio supone, pues, no una mera falta de convivencia material, sino la cesación conjunta de la convivencia material y de la comunicación espiritual que la vida matrimonial lleva consigo, por motivos de desvío y desafecto, y con la significación de un verdadero rompimiento, real o de hecho, del vínculo conyugal (596).

Requiere, pues, esta causa de divorcio o separación para su existencia, no sólo el hecho de la separación, sino que se llegue a él por el libre consentimiento de ambos cónyuges, más, como tiene repetidamente declarado la doctrina jurisprudencial, lo que da vida principalmente a tal causa no es el consentimiento, sino la libertad al prestarlo, libertad que exige mutuo deseo o mutua conveniencia de los cónyuges, aceptación libre y recíproca de la separación, con el propósito decidido de recobrar su anterior libertad de vida, y por ello, conforme a esa misma doctrina jurisprudencial, si la separación nació de una sola voluntad o fue obligada por las circunstancias o sucesos matrimoniales o impuesta por motivos de decoro o dignidad personal de uno de los cónyuges, aquel libre y mutuo consentimiento falta evidentemente (597).

De ahí que al imponer el legislador, para que sea aplicable esta causa doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio, no sólo el requisito de la separación en distinto domicilio durante tres años, sino el de que esa separación sea producto del libre consentimiento de ambos cónyuges, obliga, por modo indirecto, a poner en relación el hecho material de la falta de convivencia, con las circunstancias causales que hayan producido y mantenido ese estado, a fin de que sea ostensible que se trata de una separación voluntaria y libre, no sobrevenida por iniciativa y decisión de uno de los cónyuges (598), ni impuesta

por razones de necesidad que, sin verdadera anormalidad en las relaciones conyugales, obliguen a los esposos a tener residencia separada -como lo serían motivos de política (599), exigencias de la vida o contingencias del empleo, ocupación o cargo desempeñado por cualquiera de los cónyuges (600), etc.-, ni tampoco por la conducta reprobable de uno de los cónyuges que impide la convivencia digna y decorosa con él obliga al otro a someterse resignadamente a una situación que, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, no puede reputarse libremente aceptada por el solo hecho de no utilizar contra ella determinados recursos el cónyuge ofendido por los actos del que provocó esa situación, ya que el ejercicio de acciones implica un derecho de la parte ofendida, pero no una obligación cuyo incumplimiento pueda perjudicarle (601).

Según vino a declarar la doctrina del Tribunal Supremo, el libre consentimiento de los cónyuges exigido en el número doce del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932 para que pueda darse esta causa de divorcio o separación, a base de la separación de hecho y en distinto domicilio de los cónyuges libremente consentida durante un período de tiempo no inferior a tres años, ha de demostrarse tan cumplidamente como el hecho mismo de la separación por el cónyuge que alegue la existencia de tal causa (602), sin que, según esa misma doctrina jurisprudencial, pueda presumirse este libre consentimiento en la separación de hecho porque ni la Ley lo dice expresamente ni se deduce de su contexto (603): Mas esta afirmación viene matizada por el sentido constante de la doctrina del Tribunal Supremo que estima eficiente la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuando la separación de hecho y en diverso domicilio de los esposos dura muy largo tiempo, sin habérselo producido por causas subjetivas disolventes del vínculo o viciadoras del asenso y sin que ninguno haya procurado el cese de tal situación (604), por cuanto que el elemento consensual va implícito en el hecho continuado de la misma separación cuando frente a ella no se alega un vicio de consentimiento que la invalide y en la prueba practicada no se revelen datos enérgicos que destruyan

esta natural presunción de existir el libre consentimiento o la aquiescencia tácita de los esposos (605), presunción "iuris tantum" que cabe destruir con la correspondiente prueba que debe de aportar el que alegue la falta de libertad en el consentimiento (606); y en este sentido son varias las sentencias del Tribunal Supremo en que se hace aplicación concreta de esta doctrina jurisprudencial que estima la existencia de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio cuando es un hecho patente el que los cónyuges viven separados de hecho y en distinto domicilio cuando esa separación dura muy largo tiempo sin que durante el mismo ninguno de los cónyuges realice reclamación ni gestión alguna, de carácter oficial ni privada, tendente a poner fin a esa anómala situación, ni siquiera conste su oposición a tal estado de hecho, por constituir tales hechos natural presunción de existir el libre consentimiento o aquiescencia tácita de los esposos para su apartamiento de la vida conyugal (607). Al requerir, pues, esta causa de divorcio o separación el libre consentimiento de ambos cónyuges, su absoluta conformidad con el estado de hecho de la separación, de manera activa y patente, no pasiva y resignada, ni obligada o impuesta ya por las circunstancias o sucesos matrimoniales, ya por motivos de decoro o dignidad personal de uno de los cónyuges, puede, el cónyuge que alegue la falta de libertad en el consentimiento, oponer a la natural presunción de existir el libre consentimiento o aquiescencia tácita de los esposos cuando el hecho material de la separación dura muy largo tiempo, aquellas circunstancias causales que hayan producido y mantenido esa anómala situación, así como su voluntad reiterada de poner fin a la misma (608).

7.13.2.3. Necesidad de que hayan transcurrido tres años como exigencia de plazo impuesta por esta causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio para que la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida, sea jurídicamente motivo de separación o divorcio:

La causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio impone, para que la separación de hecho y en distinto domi-



cilio, libremente consentida, sea jurídicamente motivo de divorcio o separación, como exigencia de plazo, el tracto de tres años: No puede, por consiguiente, promoverse ni ejercitarse la acción conducente a lograr la efectividad de la misma si no transcurrió el plazo de tres años que la Ley exige como condición que matiza la separación prevista en la citada causa (609):

De ahí, que para acreditar este requisito exigido por la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio sea necesario aparezca justificación bastante en el pleito de la fecha en que tuvo lugar la separación de los cónyuges para computar a partir de la misma el plazo de tres años que la Ley exige como condición para que la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida, sea jurídicamente motivo de separación o divorcio (610), plazo que se interrumpe, aun sin estar constituida la litis, desde la interposición de la demanda de divorcio o separación -por la interposición de la demanda, aún sin estar constituida la litis, queda ya interrumpido el deber de convivencia entre los cónyuges-, así como desde el momento en que por uno de los cónyuges se hacen gestiones infructuosas para reanudar la convivencia matrimonial (611):

Por otro lado, si, como ya consta, la separación en distinto domicilio originada por el depósito judicial de la esposa, llevando a efecto con arreglo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (612), no es una separación libremente consentida por ambos cónyuges por cuanto nos encontramos ante una situación de derecho que hace que el tiempo en que se ha mantenido no sea computable en el plazo de tres años que la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio exige para que pueda ser apreciada como causa de separación o divorcio, si antes de transcurrir el plazo de tres años desde el día en que tuvo lugar la separación de hecho de los cónyuges, la esposa solicita y obtiene, en vía judicial competente, su depósito provisional como diligencia previa a la interposición formal a la demanda de divorcio o separación -en su caso, conforme a la normativa vigente con anterioridad a las leyes republicanas:

depósito de la mujer casada al objeto de entablar demanda de divorcio canónico o civil, querella de amancebamiento o acción de nulidad canónica o civil de su matrimonio-, se transforma, con el ejercicio de un derecho que la ley le concede, el estado anormal de la separación, en otro procesal y creador de positivas fuentes de obligaciones jurídicas para ambos cónyuges, cuya virtualidad detiene los efectos materiales de esta causa de Divorcio o separación. Conforme a las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de los "depósitos de las personas", constituido el depósito provisional de la esposa, el Juez dictará providencia mandando a aquélla, que si dentro de un mes no acredita haber intentado la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio o la querella de amancebamiento, quedará sin efecto el depósito y será restituida a la casa de su marido (613); no acreditándose haber intentado o admitido la demanda o querella dentro del término señalado, el Juez levantará el depósito, mandando restituir a la mujer a la casa del marido (614), y, por el contrario, acreditando la mujer haberle sido admitida la demanda o querella, se ratificará el depósito, a no ser que aquélla pida que se constituya en la persona que designe (615): Este estado legal de separación requiere, pues, se ratifique el depósito provisional previa acreditación por la esposa de haberle sido admitida ante el Tribunal eclesiástico la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio o la querella ante la Jurisdicción penal dentro del término señalado por la Ley (616), mas ¿qué sucede si dentro del plazo señalado por la ley no se acredita por la mujer haber sido admitida la demanda o querella?: A tenor de lo dispuesto en el artículo 1895 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el que le precede, el depósito queda sin efecto y, por consiguiente, la separación de los cónyuges deja de ser una separación de "derecho", para convertirse en una separación de hecho que dará lugar a la concurrencia de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio si concurren todos los requisitos de orden objetivo y subjetivo que la integran (617); ratificado, en su caso, el depósito, esta situación de derecho subsiste en toda su virtualidad mientras se substancie el pleito origen del mismo, y si en el

pleito canónico se dicta sentencia firme decretando el divorcio de los cónyuges, la separación iniciada por el depósito provisional de la esposa continuará ahora por resolución judicial firme (618), empezando a contarse, por el contrario, dictada por el Tribunal eclesiástico sentencia firme declarando no haber lugar al divorcio o nulidad del matrimonio, desde ese momento el libre consentimiento de los cónyuges a efectos de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio por cuanto dicho pronunciamiento deja subsistente la obligación de guardar los cónyuges la comunidad de vida matrimonial (619), mas no constando el pronunciamiento del Tribunal eclesiástico ni el desistimiento de la demanda admitida ante el mismo (620) o la caducidad de la instancia en el pleito canónica (621), subsistirá la separación legal originada por el depósito judicial de la esposa, a no ser conste que el depósito haya quedado sin efecto (622).

(558) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 330-.

(589) "... Que sin desconocer que las causas próximas o remotas que los interesados hayan tenido en cuenta para la separación, no pueden estimarse a los efectos de que esta se halle o no comprendida en el número doce del artículo 3º de la mencionada Ley, y sin que sea dable confundir el hecho de tal separación con las causas de la misma...": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1933 -Repertorio de jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1670-; "...Que para justificar la existencia de la causa de divorcio que determina el número doce del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, no es condición precisa acreditar, como erróneamente supone el Tribunal de instancia, el "motivo de la ausencia de uno de los cónyuges, sino que, hayan consentido libremente la separación de hecho durante tres años en distinto domicilio...": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 440-.

(590) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 439-.

(591) "... Que partiéndose en el recurso que se examina, de los supuestos equivocados de no haberse alegado, por la parte actora, la causa número doce del artículo 3º de la Ley sobre divorcio, que estimó el Tribunal "a quo", y de que el "distinto domicilio", a que se refiere la mencionada causa, implica el que vivan ambos cónyuges en diferente población, siendo así que en las consideraciones de derecho del escrito de demanda no sólo se designan el artículo y número citado sino que se copia literalmente su contenido, y que la expresión "distinto domicilio", al referirse a un matrimonio, denota el que los cónyuges no viven bajo el mismo techo, y si en morada u hogar diferente, siendo ajeno a tal extremo, el que sus distintas viviendas estén, o no, enclavadas en la misma localidad, es forzoso e ineludible rechazar el recurso interpuesto por la representación del marido demandado a quien como cónyuge vencido procede imponerle expresamente el pago de las costas causadas": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1027-.

(592) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 406-.

(593) Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 615- se desestima la causa 12ª del artículo 3º de la Ley de divorcio, alegada por la esposa en su demanda de divorcio, al haberse declarado por sentencia firme, dictada a instancias del esposo, la ilicitud de un acuerdo privado de separación invocado por la esposa como base de su solicitud de divorcio, entendiéndose por el Tribunal Supremo que dicha impugnación supone la reconstrucción de una situación jurídica que por determinar la posición del esposo al alejamiento consensual del vínculo no puede ser ya motivo de divorcio a favor de la esposa demandante:

"... Que la Sala sentenciadora, al denegar el divorcio por inexistencia de la causa en que se funda, sin que proceda alegar en contrario la pervivencia de una separación irregular cuya ilicitud fue declarada por sentencia firme, dictada a instancia del esposo y reconstitutiva de una situación jurídica que por determinar la oposición de aquél alejamiento consensual del vínculo no puede ser ahora motivo del divorcio solicitado".

Por el contrario, si por ninguno de los cónyuges se impugna el libre consentimiento de ambos al acuerdo en que de modo expreso y terminante manifiestan su decisión de separarse ni por ninguno de ellos se intenta poner término a esa situación de hecho mutuamente convencida, se impone la estimación de esta causa de divorcio o separación, y en éste sentido la siguientes sentencias del Tribunal Supremo: "... Que el primer fundamento de injusticia notoria que se alega, y que se apoya en la aplicación indebida por la Audiencia de la causa duodécima del artículo 3º de la ley de divorcio, al dar valor a la escritura de separación otorgada por los cónyuges en 27 de Febrero de 1924, que, a juicio de la recurrente, es ineficaz por ser contraria a la ley e impuesta por los malos tratos, no puede ser estimada, primero, porque en esa misma escritura se fundó la recurrente para alegar en su reconvenición igual causa duodécima, aunque para solicitar, no el divorcio -como el marido-, sino la separación de personas y bienes, y segundo, porque contra el libre consentimiento con que aparece otorgada aquella escritura, nada se alegó por los cónyuges durante el pleito, ni en los nueve años transcurridos desde su fecha consta se haya ejercitado acción alguna contra su validez y eficacia": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1760-; "... Por lo que al aceptar la sentencia recurrida la causa doce del artículo 3º de la ley, o sea, la separación de hecho de los cónyuges en distinto domicilio, ni incurrió en contradicción alguna con la sentencia de esta Sala ni cometió injusticia notoria como se afirma en el segundo motivo del recurso, ya que para aquella estimación se fundó en un documento público reconocido por ambos cónyuges en el que convinieron la separación y en la realidad de este estado desde 1920, según confesión de los litigantes, y si bien la recurrente opuso en su contestación a la demanda "que asintió a tal documento coaccionada cuando menos espiritualmente" sobre la existencia de esta coacción no formuló prueba alguna, sin que sea posible apreciar como formal intento de reanudar la vida en común, la propuesta hecha al marido por un abogado a nombre de la mujer en una sola carta": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 599-; "... Que conforme los litigantes, y afirmado por el Tribunal "a quo" que los cónyuges han permanecido separados de hecho, por más de tres años, en distinto domicilio, incurre aquel Tribunal en evidente y palmario error de hecho y de jure al no reconocer la existencia de la causa número 12 del artículo 3º de la vigente ley sobre divorcio, por el actor invocada, fundándose en que aquella separación no fue libremente consentida por la esposa demandada, la cual, asevera la Sala sentenciadora, se vio obligada y coaccionada a suscribir el documento en que declaraba su voluntad de que cesase la vida matrimonial; toda vez que, aparte la escasa y débil probanza de los hechos que sirven de base al juzgador de instancia para considerar viciado el consentimiento que prestó doña A.G. en el precitado documento, originario de la separación, y nulo por tanto el convenio celebrado entre los cónyuges, lo que acusa un error de hecho, es notorio y manifiesto que la demandada no ha pretendido demostrar, siquiera, que durante el lapso que excede de tres años, que permanecieron separados ambos cónyuges, continuasen y subsistiesen las causas que, según ella, motivaron su determinación de alejarse del marido, y que haya hecho gestión de ninguna clase, oficial o privada, para intentar que cesara la situación de hecho en que se encontraba el matrimonio, por lo que debe apreciarse que ocurre, en el caso de autos, el libre consentimiento en la separación por parte de ambos cónyuges, cometiéndose error de jure,

en el fallo recurrido, al no reconocerlo así; procediendo en su consecuencia, revisar la sentencia que se examina, dando lugar a la demanda promovida por D. J.C., sin hacer especial declaración sobre costas, dada la naturaleza objetiva de la causa que motiva el divorcio que se decreta": Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 153-.

(594) En este sentido, la siguiente sentencia del Tribunal Supremo: "... Que por lo que se refiere al segundo motivo que es objeto del recurso, o sea de la existencia de injusticia notoria por no estimarse la causa decimosegunda igualmente invocada por el actor, hay que reconocer que siendo esta causa de caracter objetivo no lleva aparejada culpabilidad para ninguno de los cónyuges, toda vez que nace de un acto de la voluntad de ambos, bien exteriorizada en forma expresa como en el presente caso acontece, por virtud del documento que suscribieron en Salamanca con fecha 23 de octubre de 1925, que fue acompañado por el actor a la demanda y en el que de modo expreso y terminante manifiestan que por diversidad de caracteres decidían separarse amistosamente, con arreglo a determinadas condiciones que establecían a continuación, o bien de modo tácito presentando su aquiescencia un cónyuge a la separación de hecho, cuando el otro decidió efectuarla permaneciendo en esa forma durante tres años, sin realizar ningún acto de los que con arreglo a la Ley podían llevar a cabo para poner término a tal situación, y como según queda expresado lejos de aparecer demostrado que el consentimiento de la mujer para permanecer separada de su marido durante tres años fuera prestado en forma coactiva, lo que resulta acreditado es que fue libre y voluntariamente pactado entre ambos, aun cuando el móvil que indujera a aquella a adoptar esa decisión fueran las desavenencias o disgustos conyugales, expresados en la forma que encabeza el documento de referencias por la diversidad de caracteres, como causa o motivo determinado de esa decisión, es lo cierto, que al permanecer el matrimonio separado durante todo ese tiempo, sin que ninguno de los esposos haya intentado poner término a esa situación de hecho mutuamente convenida, es procedente estimar de acuerdo con la petición en tal sentido formulada por el actor la existencia de la causa decima segunda del artículo 39 de la Ley de Divorcio y que incurrió en el motivo de revisión alegado la sentencia recurrida al no apreciarlo así; por lo que se debe aceptar el recurso y declarar que ha lugar a decretar el divorcio solicitado por dicha causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1685-; "... Que en atención a lo expuesto no puede prevalecer el recurso fundado en la causa 34 del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, interpuesto por doña C.B.V., en lo que a la estimación por la Audiencia de Guadalajara de la causa duodécima del artículo de la misma se refiere, por cuanto la revisión de la oportuna prueba acredita la racional apreciación que de ella hizo el Tribunal puesto que, en los documentos privados con igual texto que escribieron en parte cada uno de los cónyuges y firmaron en Guadalajara el 26 de Junio de 1926, a los 23 años casi de matrimonio, conservando cada cual un ejemplar, consignó la esposa que se separaba de su marido por no poder estar con él por lo mal que congeniaban; y aún cuando la razón expuesta no fuese en aquel momento fiel expresión de la realidad, es lo cierto que eso no consta en los autos que en el lapso de más de seis años transcurrido desde la suscripción de dichos documentos hasta el día en que doña C.B.V. fue demandada de divorcio por su esposo, hubiese procurado de algún modo dicha señora reanudar la vida conyugal dentro ni después del plazo de los tres años señalado en la causa décima del artículo 39 de la Ley, no existe posibilidad de apreciar que incurra en injusticia notoria el fallo recurrido cuando del voluntario consentimiento por doña C.B. del estado de separación de hecho y en distinto domicilio en que desde junio de 1926, se encuentran los esposos, deduce lógicamente el libre consentimiento de dicha señora en la persistencia de tal situación durante más de tres años": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 295-; "... Que admitido por la sentencia recurrida en su primer Considerando, que ambos cónyuges reconocen el hecho de la separación en distinto domicilio por más de tres años, única causa de divorcio en la demanda alegada, discrepando sólo en el motivo de tal separación, pues mientras que el marido en su demanda sostiene el libre consentimiento de los dos, la mujer en su contestación y reconvencción afirma que fue una separación obligada por el abandono en que el esposo la tenía, la Audiencia pudo y debió entrar a examinar la existencia de aquel libre consentimiento que la mujer negaba, como requisito determinante de la causa doce...: Que la realidad de la causa

duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, fundamento único de la demanda, aparece acreditada, primero, por el documento que el marido acompañó a aquel escrito, firmado por ambos cónyuges en esta capital en 29 de Marzo de 1905, cuya certeza reconoce la mujer en el hecho quinto de su contestación a la demanda, documento en el que se dice "de amistosa conformidad", sin coacción ni motivo alguno que coarte la libre expresión de la voluntad de uno u otra conciene ne...; segundo, que no han tenido disgustos serios ni motivo fundamental de separación, pero recientemente por divergencias de carácter la unión marital se hace imposible entre ambos, por lo que doña M. ha propuesto y D. A. ha aceptado la separación...", y segundo porque aunque no existiera tal documento, solo el hecho y realidad de la separación, por ambos cónyuges confesada, desde la fecha de aquel escrito, hace 30 años, sin declararse nada, ni ejercitar acción alguna nacida del matrimonio, ni realizar gestión para unirse ni siquiera para comunicarse, obligaría a estimar la causa doce invocada": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1015-.

(595) "... Que la estimación de la causa 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio por la Sala sentenciadora, se ajusta estrictamente a derecho en el caso debatido, porque las pruebas de la separación consensual de los cónyuges por un plazo superior a tres años, demuestra en efecto el voluntario apartamiento de aquéllos, con ruptura de afectos y de vida común, para dirigir su existencia por rumbos y en ámbitos distintos a los de una íntima y solidaria convivencia, que caracterizan la comunidad matrimonial": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1666-.

(596) Puede verse en este sentido la doctrina general establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1287- "... Que la recta aplicación de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo del correspondiente año, exige por dar lugar al divorcio fundado en la misma que la separación de hecho en distinto domicilio de los cónyuges no sea circunstancial, motivada por exigencias de la vida o contingencias del empleo, ocupación o cargo desempeñado o cualquiera de ellos, sino consecuencia obligada de la relajación del vínculo que creó el matrimonio, contrariando sus fines y haciendo imposible el justo ejercicio y eficaz cumplimiento de los derechos y obligaciones entre marido y mujer, regulados por la sección 4ª, Título IV del libro I del Código Civil", y 26 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1302-: "... Que la causa duodécima del artículo 3º de aquella Ley, una de las por la recurrente invocadas, ajustándose también a dicha reciente jurisprudencia, implica que los cónyuges vivan separados de hecho en distinto domicilio, no por exigencias de la vida o contingencias ajenas a su voluntad, sino como obligada consecuencia de la falta de "affectatio maritalis" o relajación o debilitamiento del vínculo creado por el matrimonio, que impiden el justo y normal ejercicio y eficaz cumplimiento de los derechos entre marido y mujer, regulados por la sección 4ª, Título IV, del libro I del Código Civil".

De igual modo puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1331-: Demanda la esposa alegando, entre otras, la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y habiéndose desestimado, interpone recurso de revisión por injusticia notoria de fallo dictado por el Tribunal de instancia, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo por estar acreditado que los cónyuges vivían separados a consecuencia de la falta de afecto y por una antipatía recíproca que produjo la relajación del vínculo conyugal:

"... Que interpuesto este recurso de revisión para que se declare la injusticia notoria en que ha incurrido el fallo de la Audiencia al no apreciar que la separación de hecho por más de tres años y en distinto domicilio de los cónyuges D. J.S.M. y doña E.G.V. hubiese sido libremente consentida, es necesario examinar los pronunciamientos del Tribunal "a quo" y la prueba aportada con el criterio impuesto por la Ley de Divorcio y la constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal.

Que la sentencia recurrida admite "una separación de hecho entre los esposos durante más de tres años", pero, al mismo tiempo, asegura que falta la demostración de que "esa separación de hecho iniciada por el abandono del domicilio conyugal por parte de la esposa haya sido libremente consentida por el esposo, que se limitó a sufrir las consecuencias de la misma", y; ante todo, ha de hacer notar que si efectivamente doña E., después de

las escenas autenticadas por la Comisaría del Distrito de Chamberí en 21 de octubre de 1923, dejó el domicilio conyugal de la calle Medellín, nº 11, en esta capital, también es verdad que, reanudada la vida conyugal el año 1928 en la calle de Castillo Piñero, según confiesa el esposo absolviendo la posición tercera "cuando se separaron de nuevo, su esposa siguió viviendo en la casa de la calle de Castillo Piñero en los Cuatro Caminos, creyendo que después fue a vivir con su Sra. madre".

Que al absolver la primera posición reconoció el marido que su esposa y él habían decidido "separarse amigablemente", hecho que aparece confirmado por la escritura otorgada en Madrid a 31 de Octubre de 1928, por la que el esposo concedió a su mujer amplia licencia para ejercer el comercio y demás trabajos honestos, "salvo la industria de hospedaje y de habitar ella en casa de huéspedes", así como por un certificado de la Dirección General de Seguridad, que con referencia al escándalo denunciado por un guardia de seguridad y otro de Policía urbana el día 10 de Marzo de 1932, acredita que don J.S.M. había declarado "que está separado amistosamente de su esposa doña E.G.V.", y, en fin, por la certificación de la comisaría de investigación y Vigilancia de la Universidad, en esta villa, que señala distinto domicilio a cada uno de los cónyuges con motivo de otra disputa de los mismos sobre la tendencia a la niña F.:

Que en corroboración de la indicada circunstancia siete testigos de la demandante, contestando la pregunta relativa a que por los malos tratos repetidos vivieran los cónyuges y viven separados desde hace mas de tres años, afirmaron con mayor o menor detalle la separación, y aun de los presentados por el esposo, uno ha asegurado que sólo ha conocido a don J. viviendo con su esposa en la calle de García de Paredes, y los demás han confirmado la separación, sin aludir las gestiones que el marido hubiera podido practicar para reconstituir el hogar común:

Que de toda la prueba documental, testifical y de posiciones practicadas, aparece con evidencia que los cónyuges no vivieron separados por la circunstancia de ser el marido comisionista, sino como obligada consecuencia de la falta de afecto y por una antipatía recíproca que produjo la relajación del vínculo conyugal y dió lugar a violentas escenas en que hubieron de intervenir, no sólo las autoridades gubernativas y judiciales, sino el mismo público, que llegó en ocasiones a tomar partido por la mujer y su hija".

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 83- en que se estima el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso el marido demandado contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que decretó la separación de personas y bienes de los cónyuges por la causa 12 del artículo 39 de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma, alegada por la esposa como fundamento de su demanda de separación, por faltar el requisito del libre consentimiento de los cónyuges como la misma demandante reconoce al decir absolviendo posiciones que la separación de su marido no fue para romper relaciones sino para pasar con su madre una temporada:

"... Que conforme a la prueba practicada tampoco puede ser estimada la causa duodécima, pues para que lo fuera sería preciso que se hubiera demostrado que la separación de hecho hubiera sido libremente consentida y esa circunstancia no puede aceptarse haya existido en el caso de autos pues aparte de que la niega terminantemente el demandado, la autora al absolver a la posición duodécima afirma que la separación de su marido no fue para romper relaciones sino para pasar con su madre una temporada en Olivares y por último la mencionada correspondencia revela bien a las claras que no hubo libre consentimiento y aunque la separación no fue efectiva, toda vez que dichas cartas tuvieron que ser escritas durante el plazo en que se fija tal situación, dadas las alusiones que en ellas se hacen a manifestaciones de la hija de ambos nacida a fines de 1928".

(597) Cfr. en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1698-, 28 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 182-, y 3 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1320-.

(598) "... Que si el Tribunal consigna como apreciación suya que la separación del matrimonio viviendo en distinto domicilio, fue consentida libremente por el marido, ello no implica ni demuestra nada, respecto a si lo fue, o no, también por la mujer; y no reconociéndose que esta lo consintió de igual modo voluntario, y no forzado o resignado, no cabe admitir la procedencia de tal causa a base de un consentimiento unilateral": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1498-; "... en este sentido, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1698-.. "

(599) "... Que el recurso de revisión interpuesto conforme al número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, por doña Luisa M., fúndase esencialmente en que la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 2 de marzo de 1933, dictada en el juicio de divorcio promovido por don Eduardo L.P., contra su citada esposa, ha incurrido en la injusticia notoria prescrita en dicho precepto legal, tanto por haber apreciado como causa legítima de divorcio concedido la causa duodécima del artículo 3º de la Ley que alegó el demandante...: Que la revisión de las pruebas practicadas en relación a los hechos determinantes de la causa de divorcio que la sentencia aprecia para decretar el del matrimonio canónico y civil celebrado entre doña Luisa M. y D. Eduardo L., en el año 1904, convence de la procedencia del primer motivo del recurso, puesto que la existencia de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, exige que la separación de hecho y en distinto domicilio de los cónyuges haya sido libremente consentida por ambos durante tres años, y el cuidadoso examen de las probanzas a tales extremos referentes en los autos, patentiza que si en septiembre de 1928, por circunstancias políticas, el demandante, huyó del domicilio conyugal, sito en el nº 2 de la calle de Martí, de la ciudad de Barcelona para evitar su prisión según afirma en su demanda, y no regresó del extranjero a dicha población hasta Enero o Febrero de 1930, y no puede decirse que la anómala situación producida en la vida matrimonial de dichos esposos con la fuga del varón y la consiguiente pérdida por él de los medios de vida con que por su profesión contaba para el sostenimiento de su hogar formado por su mejor hija y su esposa, que determinó el rompimiento de la convivencia familiar con la inopinada separación de los cónyuges y obligó a D. Luisa M. a dedicarse al trabajo para atender al sustento suyo y de su hija, pues fue libremente consentida, sino mas bien soportada por ambos esposos mientras duró la forzada accidental estancia del Sr. L. y, por ello, aunque el regreso a Barcelona en los primeros meses del año 1930 no restableció la normalidad de la vida conyugal entre los esposos y el 17 de Marzo de 1932 D. Eduardo L. promovió demanda de divorcio contra su esposa Dª Luisa M., demostrado queda el libre albedrío de ambos para su separación de hecho y en distinto domicilio no pudo llegar a cubrir el periodo de los tres años que la causa duodécima exige para que el divorcio interesado con arreglo a ella pudiera legalmente concederse, y que, por tanto, incidió en injusticia notoria la sentencia impugnada de la Audiencia de Barcelona al decretar el de dichos señores, por lo que debe darse lugar al primer motivo de revisión aducido por doña Luisa M., absolviéndola de la demanda contra ella entablada por su esposo don Eduardo L.": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1753-..

(600) "... Que la separación de hecho y en distinto domicilio, a que se refiere el número doce de ese mismo artículo 3º de la Ley especial, supone, no una mera falta de convivencia material, que puede ser impuesta por razones de necesidad, que, sin verdadera anormalidad en las relaciones conyugales, obliguen a los esposos a tener residencias separadas, sino la cesación conjunta de la convivencia material y de la comunicación espiritual que la vida matrimonial lleva consigo, por motivos de desvío o desafecto, y con la significación de un verdadero rompimiento, real o de hecho, del vínculo conyugal, y como en el caso de estos autos el propio marido recurrente se encarga de poner de relieve los rasgos que motivaron la separación que fué convenida, expresando en el hecho 6º de su demanda que "como necesitaba atender al sostenimiento de su familia y su profesión es penosa y de mucho trabajo, no podía atender a su esposa con el cuidado que ella necesitaba, ni por otra parte tenía quien cuidare de su persona y de su alimentación, por lo que, previo acuerdo entre ambos cónyuges, la esposa, a mediados de septiembre de 1930, marchó a casa de sus padres..." y recalcando, en el hecho séptimo que "la separación era de mutuo convenio, porque las circunstancias así lo exigían", es obvio que no comete injusticia notoria y muy al contrario, interpreta rectamente la causal de referen-



cia la Sala sentenciadora, al declarar que esa separación circunstancial, impuesta de modo fatal por causas independientes de la libre voluntad de los cónyuges, no puede tomarse lícitamente como causa de divorcio; lo que obliga a desestimar el recurso en este segundo de sus extremos" Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1375-; "... que detenidamente estudiada la prueba practicada en las actuaciones que se examinan, conduce a la conclusión, que la sentencia recurrida se afirma de que la esposa demandada, doña L.O., no consintió libremente durante tres años, el estar separada de su esposo, el actor don J., toda vez que éste se trasladó a América para atender con su trabajo, a las necesidades propias y de su familia y no se ha demostrado que la esposa tuviera conocimiento del regreso de su marido a España; por lo que falta la base adecuada para que aquella separación pueda calificarse de consentida por ambos cónyuges, a los efectos de aplicar la causa de divorcio número 12 del artículo 3º de la Ley de Régimen, procediendo, en su consecuencia, desestimar el recurso interpuesto por la representación del expresado D. J.": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 739-.

(601) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 439-. En este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal supremo de 26 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1974-: "... Que el presente recurso atribuye a la Sala sentenciadora haber incurrido en el error de hecho de al no apreciar la existencia del consentimiento libre de la demandada en la separación de los cónyuges en distinto domicilio por más de tres años, a pesar de haberse acreditado por la declaración de dos testigos que los consortes se separaron voluntariamente, y estar probado también que posteriormente a la separación no se realizaron por la mujer gestiones para restablecer la normalidad conyugal; pero como el tribunal "a quo" conceptua impreciso e insuficiente el resultado de la prueba testifical, sin que su apreciación pueda reputarse contraria a las reglas de la sana crítica y por otra parte es jurisprudencia reiterada de esta Sala que no puede reputarse libremente aceptada una separación por el solo hecho de no utilizar contra ella determinados recursos el cónyuge ofendido por los actos del que provocó la situación en este caso el marido demandante según acertada estimación del juzgado es obvio la necesidad de rechazar el recurso por no aparecer la pretendida disconformidad entre la sentencia dictada y la resultancia de los autos".

Una aplicación práctica de esta doctrina jurisprudencial puede verse en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: "... Que si bien resulta demostrada de las actuaciones la separación durante más de tres años y en distinto domicilio, no sucede lo mismo con el libre consentimiento de la mujer, que es requisito esencial para que la separación constituya la causa de referencia, pues estimado por el Tribunal "a quo", al apreciar con notorio acierto la prueba practicada, que el motivo que obligó a doña A. A. al abandono del domicilio conyugal fue el grosero trato de que la hacía víctima su marido y la escandalosa conducta de este, manteniendo relaciones ilícitas con determinada joven que frecuentaba la casa del matrimonio y hasta decirle su marido que marchara de ella, es visto que todo ello, unido a las varias tentativas infructuosas que doña A. hizo para volver a la vida matrimonial, demuestra palpablemente que la separación no ha sido libremente consentida por la demandada, y en consecuencia, no existe la causa que se invoca para el divorcio por el actor D. J.C.": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1380- "... Es lo cierto que en el caso actual no se ha probado el convenio de separación que se refiere en la demanda, a pesar de haberse intentado, y en cambio resulta evidente de las actuaciones, y el tribunal "a quo" así lo aprecia, que los disgustos en el matrimonio tuvieron principalmente por causa las relaciones ilícitas que el marido sostenía con otra mujer con la que se marchó a vivir en 1926, y que fue el marido el que abandonó el domicilio conyugal; todo lo cual demuestra que los hechos constituyen, más que una separación libremente consentida por la mujer, un abandono realizado por el marido que ninguna acción puede producir en su favor; y sin que pueda estimarse que aquella consintiera la separación después de verificada, como supone el recurrente, pues nada acredita en tal sentido el que recibiera la pensión concedida por el marido, ya que no consta que tenga otros medios de vida, ni la circunstancia de que no haya realizado gestiones si alguna hubiese sido posible, mientras el marido continuara viviendo con otra mujer y perpetuara la ofensa inferida a la dignidad de su esposa": Sentencia

del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1670-; "... Y como en el presente caso la sentencia recurrida declara expresamente en su Considerando décimo que la separación ocurrió por agravio culposo inferido al marido, agravio tan importante como el adulterio de la mujer que examina y acepta a virtud de prueba abundante y robusta traída a los autos, interpretada detallada, lógica y legalmente en el quinto Considerando, es manifiesto que procede rechazar aquella primera injusticia que se alega en el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 182-; "... Que no incurre el Tribunal "a quo" en injusticia notoria al desestimar la causa número 12 del artículo 3º de la Ley del Divorcio, única invocada por el actor y recurrente porque exigiendo esta causa el libre consentimiento de los cónyuges para su separación, ni está demostrado tal consentimiento ni puede suponerse en el presente caso, ya que el Sr. G.R. el que abandona el domicilio conyugal establecido en la calle Gaztambide, desamparando a su legítima esposa para instalarse en el número 17 de la calle del General Pardiñas, donde algún tiempo después vivía ya maritalmente con otra mujer, a la cual en la hoja de referencia llama su esposa: siendo imposible, en semejantes circunstancias, suponer que la señora P.A. prestará su libre consentimiento a la separación, y sin que esto pueda estimarse demostrado por la falta de gestiones de doña F. para restablecer la unión matrimonial perturbada, ya que a ello se había de oponer la dignidad de esposa ofendida, ni por el hecho de no haber pedido ella el divorcio o presentando querrela de amancebamiento, porque esos son derechos de la parte ofendida pero no obligaciones que puedan perjudicarle por su incumplimiento, y sin que tampoco indiquen nada en tal sentido el poder notarial otorgado por el marido a la mujer, en un arranque de liberalismo, ni la frase suelta que se extrae del escrito de contestación a la demanda de que el domicilio conyugal de Gaztambide 9, fue disuelto por mutuo convenio, que se consigna después de referirse al abandono realizado por el marido; ni que doña A.B. figure en el padrón de referencia a los años 1926 al 1930 como domiciliada con su padre en la calle de Fuencarral num. 53, pues aparte de esa circunstancia, no se opone a que viviera con don A.G., éste reconoce que se trasladó a vivir en su compañía a principios de 1928": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 494-; "... Que no es posible estimar la injusticia notoria en que funda su recurso de revisión el marido contra sentencia de la Audiencia de esta capital, que declaró no haber lugar al divorcio por él solicitada, porque en primer lugar no se dan en tal resolución ni la evidente equivocación en la aplicación de los preceptos de la ley de Divorcio, ni la manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo, circunstancia que según tiene declarado esta Sala integran aquella injusticia, y en segundo término, fundado únicamente el divorcio solicitado en la causa 12ª, o sea, la separación de hecho libremente consentida durante tres años, este libre consentimiento no sólo no aparece acreditado en autos, sino que lo que existe justificado en su inexistencia, reconocida por el propio marido demandante al consignar en su demanda que por los malos tratos de la mujer "se vió obligado a dejar el hogar, por las circunstancias", afirmación que repite en la prueba 15 del interrogatorio para sus testigos": Sentencia del Tribunal supremo de 16 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 523-; "... Y tampoco puede prosperar por el fundamento de la causa decimosegunda del citado artículo 3º de la ley del concepto, por cuanto las circunstancias múltiples que concurrieron, cuales son, entre otras, la venta de los muebles, el traslado de casa, la ocultación de los recursos hasta el punto de figurar como empleado sin sueldo en los establecimientos en que prestaba servicio y el desamparo de la mujer e hija, claramente revelan el propósito de hacer imposible la vida de los que debió tener como los seres más queridos, y en esta situación no puede sostenerse que fue libremente consentida una separación que el marido fomentaba con su conducta": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 779-; "... Que la separación de hecho de los cónyuges no aparece libre y mutuamente consentida, sino al contrario, impuesta por las desavenencias conyugales, malos tratos, depósito judicial de la mujer, demanda de divorcio de ésta ante los Tribunales eclesiásticos y querrelas, que demuestran la carencia de aquel voluntario y recíproco consentimiento que obliga a rechazar la causa decimosegunda del artículo 3º también invocada en la reconvencción": Sentencia del Tribunal supremo de 30 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 79-; "... Es necesario reconocer

que los documentos aportados al pleito, tanto por el actor como por la demandada y las demás pruebas practicadas demuestran claramente y sin género alguno de duda, que el marido castelosamente alejó de sí a su esposa; que ésta significó su deseo de unirse a su cónyuge siendo rechazada de modo tan terminante como lo expresan las palabras "no quiero que vengas", escritas con tinta roja y mayores caracteres que el resto de la carta la cual ha sido reconocida por su autor el demandante; que éste no admitió en su compañía a su esposa por estar viviendo con otra mujer de la que al siguiente año de su material separación matrimonial tuvo una hija, y otra después, las que fueron inscritas en el Registro Civil como hijas de los concubenarios según acreditan las correspondientes certificaciones aducidas por el propio actor al producir la demanda; hechos todos demostrativos del palmario error cometido en la sentencial al no estimarles ni darles su natural y lógica significación: Que la separación relacionada en la causa décimosegunda del artículo 3º de la Ley de Divorcio, según su mismo enunciado, ha de ser libremente consentida, y no es racional reconocer este carácter a la impuesta y sostenida contra la voluntad de la esposa aun cuando ésta desistiera posteriormente de su propósito por el natural sentimiento de dignidad ofendido por el hecho de ocupar otra mujer el lugar que en la familia a ella sólo pertenece": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 81-; "... Que aunque se precindiese de que hasta el día 5 de noviembre de 1932 no fue alzado por el Juzgado de primera instancia de Valencia el depósito de la persona de doña S.G., que a mediados de 1921 constituyó a los esposos en estado legal de separación, y se admitiera en cambio que, en cuanto a esta debió empezar a contarse el libre consentimiento de ambos cónyuges desde que en 19 de junio de 1923 les fue notificada la sentencia del Tribunal eclesiástico de igual fecha ordenándoseles la vida en común, en los autos existe prueba acabada de que el de doña S. no persistió durante los tres años que la ley exige para que justamente deba apreciarse en contra de ella la causa duodécima del artículo 3º, como determinante del divorcio por su esposo solicitado porque, oponiéndose dicha señora en su contestación a la demanda que en aquel mismo año 1923 empezaron las relaciones amorosas de su esposo con otra mujer de la que ha tenido descendencia, la cual mujer y dos hijas pequeñas suyas, más la legítima de don A.G. y la madre de éste viven juntas en el domicilio del citado señor y en unión suya, por lo que, en atención a tales circunstancias pedía que se declarase culpable el demandante, en el pleito consta que con fecha 20 de octubre de 1924, presentó doña S.G. ante el Juzgado de Instrucción de Valencia querrela por delito de amancebamiento contra su esposo don A.G. y su coacusada que determinó el procesamiento ambos, si bien luego fueron absueltos por la Sala, y justificada se halla también claramente la certeza de las expresadas manifestaciones de doña S.C. en cuanto al ilegítimo e inmoral género de vida que en el año 1923 adoptó y seguía manteniendo su marido cuando presentó la demanda, en el que envuelve a su propia hija legítima; y aunque tales hechos acreditados en la litis que como fundados motivos para su separación del domicilio marital, alegó doña S.G. según reconoce en su sentencia el Tribunal "a quo", no pudieran por él ser como causas de divorcio imputables a don A.G. por no haber sido propuestas por la demandada reconviniendo en el pleito, no es menos cierto que debió tomarlos en cuenta y apreciarlos la Sala sentenciadora en consonancia con la única causa de divorcio alegada en la demanda, que para su concurrencia exige la ley la presentación del libre consentimiento de ambos cónyuges durante tres años la separación en distinto domicilio en que de hecho se colocaron; y claro es que si los mencionados actos de don A.G. probados en el pleito revelan su propósito de continuar viviendo separado voluntariamente de su esposa, también patentizan que esa desconsiderada, irrespetuosa e impúdica conducta suya para con su esposa a la que de esta suerte menosprecia y ofende, ha de ejercer sobre el ánimo de doña S.G. una coacción irresistible para que hubiera podido desistir por su parte de la separación en que vive del domicilio de su esposo y que, por tanto, bajo el tenaz influjo moral de aquélla no es posible que resida en dicha señora desde que, en 1923, conoció y persiguió después los mencionados hechos realizados por su marido en mengua de su dignidad de esposa, ese libre consentimiento que imperiosamente demanda la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de 27 de marzo de 1932 para que su estimación proceda": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 491- "... Que según tiene declarado la doctrina de esta Sala, la causa duodécima del artículo 3º de la citada ley, o sea, la separación de hecho en distinto domicilio libremente consentida

durante tres años, contiene dos elementos esenciales que conjuntamente han de concurrir para la debida estimación de los pedidos al amparo de dicha causa, y si bien se ha conceptuado que, como regla general este fundamento del divorcio es de naturaleza objetiva de tal suerte que la concurrencia de la separación durante el prefijado período de tiempo, y de la falta de gestión encaminada a la reconciliación de releve a la conformidad y ésta nunca podrá presumirse cuando el marido abochornado por la realidad de la vida depravada y de escandalosa liviandad de su esposa e impotente para corregirla, le quita los hijos y los lleva consigo para sustraerlos a los ejemplos corruptores de la madre": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 748-; "... Que tampoco incidió la Audiencia en injusticia notoria al no estimar la causa 12ª del antes citado artículo 39, invocada por el actor y en que se fundan los demás motivos del recurso, porque con notorio acierto afirma la Sala que los malos tratos de palabra y obra inferidos por el marido a su mujer fueron la causa determinante de la falta de convivencia conyugal que obligaron a la esposa a vivir alejada de su marido; y dadas estas circunstancias de hecho, plenamente probadas, no cabe aducir la separación libremente consentida, que presupone, ... una libre determinación de la voluntad, lo que no concurre en el caso presente por haber tenido lugar el alejamiento de la esposa de la vida conyugal y la permanencia en ese estado por la coacción y la fuerza por el marido para lograrlo": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1134-; "... Que de contrario modo, no puede apreciarse la invocada causa duodécima del citado artículo por no ser suficiente para su estimación el hecho de la separación durante tres años en distinto domicilio, sino que es requisito esencial que tal separación haya sido libremente consentida, circunstancia incompatible con la reprobable conducta de uno de los cónyuges que impide al otro convivir digna y decorosamente con el culpable, y concurriendo en este caso por cuanto la vida licenciosa del marido coarta la libre voluntad de la esposa, evidentemente no se da la plenitud de condiciones para que dicha causa duodécima pueda ser estimada": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1148-; "... Que el Tribunal de instancia no incidió en injusticia notoria al no apreciar la causa doce del artículo 39, por cuanto, como esta Sala tiene reiteradamente declarado, para su estimación se precisan dos requisitos conjuntos, que son la separación de hecho en distinto domicilio durante tres años y el libre consentimiento, no existiendo este último cuando aquélla fue impuesta por motivos de decoro o dignidad personal de uno de los cónyuges, y como por el Tribunal sentenciador, apreciando rectamente las pruebas, que afirma que la separación fue debida a la persistencia de seguir el marido manteniendo de modo ostensible relaciones ilícitas, es visto que la falta de convivencia no fue libre y voluntariamente consentida por la mujer": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1352-; "... Que no existe la separación de hecho libremente consentida del número 12 del artículo 39 de la Ley de Divorcio, alegada por el marido en su demanda y aceptada por la Audiencia, primero porque en la escritura de 25 de Julio de 1920 acompañada a la demanda no se menciona la separación de personas, sino únicamente la de bienes, y así la califica el mismo demandante, y segundo, porque afirmándose por la mujer que la separación del matrimonio se debió al adulterio del marido que se fue del domicilio conyugal con su amante, y habiéndose acreditado este adulterio por los medios consiguientes en el adulterio contraído, la separación no fue libremente consentida por los cónyuges, sino forzosamente aceptada por la mujer ante la conducta del marido, por cuya sola voluntad nació la separación, faltando con ello el esencial requisito de la causa 12, que al estimarla la Audiencia incurre igualmente en injusticia notoria en la aplicación del derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2196-; "... Que el presente recurso tiene como finalidad única para su pretendida revisión por causa de injusticia notoria la demostración del error que padeció el Tribunal "a quo" al apreciar las pruebas del pleito, estimando que faltaba el esencial requisito del libre consentimiento de la mujer al estado de separación de hecho impuesto por su marido, ya que a juicio del recurrente se desprende, por el contrario, del examen de aquéllas el libre y mutuo consentimiento de ambos cónyuges para permanecer en aquella situación; y prescindiendo de que ese contraste de opiniones entre lo que como resultado de la apreciación de las pruebas declara como hechos probados en la sentencia del Tribunal "a quo" y lo que enfrente de esa estimación juzgue con arreglo

a su criterio cualquiera de las partes que intervienen en el pleito, no puede conducir a la justificación de la injusticia notoria como causa de revisión, ya que para ello sería preciso poner de relieve un evidente y manifiesto error en aquella estimación de la prueba, que en el presente caso no se da, aparece, por el contrario, la ponderación y el acierto con que procedió el Tribunal sentenciador para dejar sentado como fundamento de su resolución en cuanto atañe a lo que es materia de este recurso que la demandada no prestó nunca su libre voluntad a la permanencia en el estado de separación a que su marido la obligaba a vivir; y por tanto es indudable que no procede el motivo de revisión alegado, ni en su consecuencia el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2203-; "... Que apareciendo demostrado, por la prueba testifical practicada que el actor obligó a su esposa a salir del domicilio conyugal contra su manifiesta voluntad, no es de apreciar la injusticia notoria que se invoca como fundamento del recurso de revisión que se interpone": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 429-; "... Que esta necesidad de mantener la indicada causa duodécima dentro de límites que le den un contenido propio y racional, y que no permitan que, a la sombra de ella, puedan prevalecer divorcios sin causa legal o con causa culposa, perfectamente caracterizada, ha obligado a esta Sala a mantener un criterio de alguna rigidez en la interpretación del texto legal, como lo prueban decisiones muy reiteradas en las que se ha venido estableciendo que no puede reputarse libre y mutuamente consentida la separación cuando resulta obligada o impuesta por la conducta reprobable de uno de los cónyuges, que impide la convivencia digna y decorosa con él: Que en el presente caso, fundado el fallo absolutorio de la Sala sentenciadora en la apreciación de esta probado, no que la separación de hecho en que los cónyuges han permanecido desde el año 1926 haya sido libremente consentida por ambos, sino, antes al contrario, que ésta fue debida a la conducta liviana y desordenada de la actora, que llegó a cometer adulterio, ultrajando de este modo la dignidad de su esposo, limitase el recurso a argumentar sobre la base de la intrascendencia que tienen esos antecedentes y circunstancias de la separación frente al hecho decisivo de haber sido ésta aceptada por el marido al no hacer nada para reanudar la vida conyugal y al solicitar él mismo la separación de personas y bienes en su escrito reconvenicional; y como estas premisas de que la recurrente parte no tiene la necesaria firmeza, pues la Sala ha declarado improcedente la aludida reconvenición por entender que no contenía petición alguna sobre divorcio vincular o separación de personas y bienes (sin que el fallo, en ese punto, haya sido recurrido por la parte demandada, que es la que podría hacerlo) y, por lo que se refiere al siempre hecho de la falta de gestiones por el marido para restablecer la vida matrimonial, no puede entenderse, según la jurisprudencia antes invocada, que demuestre o implique su libre consentimiento a la separación, máxime resultando de la prueba que la actora siguió llevando conducta irregular y dudosa, después de haber abandonado el domicilio conyugal y en su nueva residencia, es de concluir que no existen méritos para dar lugar a la revisión por injusticia notoria solicitada": Sentencia del Tribunal supremo de 21 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 439-; "... Que el recurso de revisión por la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio interpuesto en estos por don J.P.B. dirígese a combatir la apreciación hecha por la Audiencia de Alicante de las pruebas practicadas en el pleito, aparte la documental acompañada con la demanda que no atañe a la causa duodécima del artículo 39 de la citada ley, alegada por dicho demandante, en las declaraciones de cinco testigos que presentó el actor y en la de posiciones de la demandada que para mejor proveer acordó la Sala sentenciadora; pero la detenida revisión de las mismas no evidencia del modo palpable, claro e incurso que la numerosa y reiterada doctrina de jurisprudencia sobre el particular exige para que el recurso interpuesto por injusticia notoria del fallo impugnado fuera viable, puesto que aun cuando se prescindiera de la determinante negativa que a la libertad de su consentimiento como razón esencial de la separación de los cónyuges durante más de tres años opone la demandada doña C.G.S., fundándola por el contrario en la negativa del esposo a admitirla en el domicilio conyugal, donde le encontró viviendo con otra mujer al regresar de las fiestas de su pueblo la demandada, es lo cierto que la aseveración de la pregunta tercera del interrogatorio del actor por los testigos que llevó al pleito, manifestando ser cierto que la separación de los esposos, hace más de tres años, afirmada por ellos como hecho al contestar a la anterior pregunta segunda, fue libremente consentida

por ambos cónyuges, no puede estimarse como fiel expresión de una verdad sabida por personal observación, porque, refiriéndose esa libertad de consentimiento que aseguran los testigos a actos volitivos personalísimos de terceras personas, sería precisa la cumplida demostración en todos sus detalles del cómo y cuándo y dónde y en qué forma se manifestó al exterior ante ellos esa determinación conjunta de la voluntad de ambos cónyuges, para que el Tribunal "a quo" hubiese podido convencerse de la razón de ciencia con que depusieron los testigos y de las certezas, en su consecuencia, de sus declaraciones; mas como de los cinco presentados por el actor se limitan tres a afirmar escuetamente la pregunta tercera del interrogatorio, antes indicada, y los otros dos -entre ellos una hermana del demandante que no consta haya vivido con el matrimonio- a decir que les consta de ciencia propia, sin que esclarezcan el respectivo modo de adquirirla, claro es que el Tribunal "a quo" obró acertadamente al no considerar probada por las declaraciones de los testigos, por otra parte contradichos por la demandada, la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, única alegada en la demanda, y que no existiendo por tanto la supuesta injusticia notoria que el recurrente atribuye al fallo impugnado, es improcedente el recurso de revisión contra él propuesto": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2346-; "... Que tampoco cometió injusticia notoria el Tribunal de instancia al no estimar la causa duodécima, en relación con la quinta, en que se apoya la demanda y que es objetivo del primer motivo del recurso, en primer término, porque existe incompatibilidad entre ambas causas y, en segundo, porque si bien es cierto el hecho de la separación, no cabe hablar de libre consentimiento toda vez que el alejamiento de los cónyuges fue impuesto a la mujer por la conducta del marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1413-.

(602) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2203-.

Este libre consentimiento exigido por el número doce del artículo 3º de la Ley de Divorcio ha de resultar en los autos tan probado como el hecho mismo de la separación, pero, para la comprobación de tan esencial extremo, se ha de estar, según sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 906-, al conjunto de la prueba practicada y no a detalles aislados y desarticulados de los demás elementos integrantes de aquella prueba: "... Que el presente recurso se fundamenta en el supuesto que la parte recurrente sienta, de que, para que pueda admitirse la causa duodécima del artículo 3º de la Ley del Divorcio, falta en el caso de autos el requisito "sine qua non" del libre consentimiento por parte de los cónyuges para permanecer separados de hecho y en distinto domicilio durante más de tres años, ya que a su juicio resulta de la prueba, que la esposa estuvo siempre dispuesta a reanudar la vida matrimonial y por tanto la circunstancia subjetiva del libre consentimiento en esa separación, no fue prestado por aquélla; pero este modo de apreciar la prueba la parte recurrente en pugna con la estimación hecha por el Tribunal sentenciador, en sentido de que existió ese mutuo y libre consentimiento en ambos cónyuges, no puede fundarse con éxito como se pretende en el recurso, en un detalle o en una contestación a determinado extremo o particular de una pregunta, aislándolo y desarticulándolo de los demás elementos integrantes de aquella prueba, sino que por el contrario de su estudio en conjunto y armonizándolos unos con otros, hay que deducir las consecuencias que se desprendan de la demostración de esos hechos, para hacer la aplicación procedente de las normas jurídicas apropiadas; y como quiera que lejos de acreditarse la injusticia notoria que se alega como causa de revisión, lo que aparece del estudio de la sentencia recurrida es que el Tribunal se atemperó al dictarla a aquellas reglas, apreciando con acierto el resultado de dichas pruebas, es de pertinente aplicación la causa de divorcio de que se trata y en su consecuencia procede la desestimación del recurso".

Como la circunstancia de haber sido libremente consentida la separación de hecho de los cónyuges y en distinto domicilio durante tres años constituye un elemento de hecho sujeto a demostración, necesariamente ha de ser desestimada esta causa de divorcio o separación cuando ni siquiera se intenta comprobar tan esencial extremo ("... Que la separación de hecho de los cónyuges y en distinto domicilio durante tres años, apuntada como una de las causas de divorcio en la ley del concepto, carece de toda eficacia jurídica si no la acompaña la especial

circunstancia de haber sido libremente consentida y como esta particularidad constituye un elemento de hecho sujeto a demostración por cualquiera de los diversos medios probatorios establecidos en la ley de Procedimiento no tan sólo por el de confesión -como pretende el recurrente-, que pudiera ser negativa o reveladora de coacciones determinantes de la separación; necesariamente ha de ser desestimada como lo ha sido por el Tribunal "a quo", cuando ni siquiera se intenta comprobar tan esencial extremo, sin cuya demostración carece de viabilidad la mencionada causa de divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1514-: "... Que basta advertir la improposición de prueba en que el actor incidió para que se entienda improsperable su demanda en procedimiento como el de divorcio donde ni aun el allanamiento basta para que prevalezca la acción; pero si además ocurre, como en el caso, que la circunstancia más interesante de la causa doce del artículo 3º de la ley, o sea el libre consentimiento en la separación de hecho, que negó expresamente por la demandada, queda patente la imposibilidad de que se decrete el divorcio con aquel fundamento; y por ende la estricta justicia del fallo de instancia y la improcedencia del recurso de revisión temerariamente formalizado": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1810-, o éste no queda suficientemente demostrado por quien la alega ("... Que, según tiene declarado repetidas veces esta Sala, para que pueda admitirse la causa número doce del divorcio no basta el hecho de la separación durante tres años en distinto domicilio, sino que ha de concurrir como factor indispensable el libre consentimiento de ambos cónyuges plenamente acreditado por quien la alega; y como en el caso presente la demandada doña R.P. niega haber prestado tan consentimiento y el actor don U., lejos de haberlo probado, acredita lo contrario con la carta, que reconoce, obrante al folio doce de los autos, ya que por ella, al marchar a América, desamparando a su esposa -que así puede decirse-, la pide perdón de todo el mal que le había hecho, y en la absolución de posiciones de manifestar que la primera noticia de su marcha la tuvo su mujer por la carta antes referida y que muchas veces le había dicho que tendría que marcharse, a cuyas propuestas ella no mostraba ni conformidad ni disconformidad, y por las demás pruebas practicadas tampoco se acredita la existencia del requisito de referencia, es visto que el Tribunal "a quo" no incurre en la injusticia notoria que se le atribuye, procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso, con costas al que lo interpuso como litigante vencido": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1086- sin que, según doctrina jurisprudencial, el hecho de no comparecer la parte demandada en autos, a pesar de haber sido emplazada en su propia persona, demuestre su libre asenso ("... Que al desestimar el Tribunal de instancia en todas sus partes la demanda de divorcio deducida, no incurrió en injusticia notoria, por no apreciar la causa duodécima del artículo 3º de la ley especial, como se alega en el recurso, porque su existencia se precisan dos requisitos conjuntos: la separación de hecho en distinto domicilio durante tres años y el libre consentimiento de ambos cónyuges, los que no concurren en el presente caso, ... porque la única prueba practicada ha sido la de 4 testigos que como ciencia de su dicho expresan que saben el hecho de la separación por referencias del marido, y claro es que ante tan escasa y endeble prueba no podría la Sala sentenciadora estimar la alegada causa; sin que el hecho cierto de no comparecer en autos la demandada, a pesar de haber sido emplazada en su propia persona, demuestre su libre asenso a la pretensión del actor, como en el recurso se deduce, por ello, aun estimando como un allanamiento no bastaría para fundamentar una sentencia condenatoria, con arreglo al artículo 51 de la ley": Sentencia del Tribunal supremo de 4 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1328-) ya que, en esta clase de juicios, como en todas las demás cuestiones judiciales, corresponde la prueba al que afirma y, por tanto, alegada la separación de hecho en distinto domicilio, libremente consentida, durante tres años, ha de quedar probada esta causa en todos los extremos que la integran ("... Que en los divorcios, como en todas las demás cuestiones judiciales, corresponde la prueba al que afirma; y, por tanto, alegada en el caso presente para el divorcio pedido, como causa única, la separación de hecho en distinto domicilio, libremente consentida, durante tres años, número doce del artículo 3º de la ley de 2 de marzo del año actual, ha debido quedar probada en todos los extremos que la integran": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1380-).

(603) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1670-.

(604) "... Que es doctrina reiterada de esta sala estimar eficiente la causa 12 del artículo 39 de la Ley del Divorcio, cuando la separación de hecho y en diverso domicilio de los esposos dura muy largo tiempo, sin haberse producido por causas subjetivas disolventes del vínculo o viciadoras del asenso y sin que ninguno haya procurado el cese de la situación; por lo cual y toda vez que en el caso consta acreditado por elementos dignos de estimar que la mujer instante del divorcio regresó de Cuba autorizada por su marido hace más de 15 años, y que el esposo poco tiempo después cesó de corresponderla rehuendo sus noticias, parece claro el mutuo consentimiento en no reanudar la vida común, que el silencio de uno y aceptación por la otra de la situación creada revelan; Que por lo expuesto y porque el ignorado paradero del cónyuge demandado no impide para que se aprecie un tácito consentimiento en la separación, cuando por los orígenes o características de ésta no se entrevé motivo determinante que aquél contrarie; es visto que el Tribunal "a quo" al desestimar la aludida causa 12 incidió en error que supone la injusticia notoria ocasional de que se revise su acuerdo": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1805-.

(605) "... Que la incontestable afirmación de propia ciencia y observación de los seis testigos recibidos que adveran la separación de los cónyuges por más de trece años y en distinto domicilio, es suficiente para estimar la eficacia en derecho de la causa duodécima del artículo 39 de la Ley sobre el divorcio, porque el elemento consensual va implícito en el hecho continuado de la misma separación, cuando frente a ella no se alega un vicio de consentimiento que la invalide y en la prueba practicada no se revelen datos enérgicos que destruyan aquella presunción "iuris tantum"; y como en el caso de autos la cónyuge demandada dejó de comparecer voluntariamente, después de haber recibido en persona el emplazamiento formal, y tampoco se descubren en el período probatorio demostraciones congruas, ni aun menos indicios de separación moralmente coactivas, es claro que la sentencia del inferior incurre en injusticia notoria al denegar el divorcio solicitado": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2167-.

(606) "... Que es un hecho sobre el que no existe discusión que los cónyuges viven de hecho separados desde el año 1909, con domicilio el marido en Zaragoza y la mujer en Pamplona, siendo ese hecho por sí sólo, dada la cualidad meramente objetiva de la indicada causa duodécima, revelador de la natural presunción de existir el libre consentimiento o la aquiescencia tácita de los esposos para tan largo apartamiento de la vida conyugal, presunción "iuris tantum" que cabe destruir con la correspondiente prueba que debe aportar el que alegue la falta de libertad en el consentimiento: Que en el presente caso la esposa, al contestar la demanda, no formula petición alguna, y antes, por el contrario, como expresamente consigna "subordina su parecer a la voluntad de su marido y está conforme con lo que éste obtenga, dentro de la justicia", y como de los autos resulta que el año 1910 solicitó y obtuvo el depósito de su persona para entablar demanda de divorcio, que no llegó a deducir, reveladores esos actos de su voluntad de suspender la vida en común, existiendo únicamente en contra de ese libre consentimiento el hecho de haber telegrafiado a su marido, anunciándole su próximo alumbramiento, hecho que, aunque no consta su fecha, debió de ser anterior al depósito, por datar la separación de 1909, es evidente, dados esos únicos antecedentes de origen tan remoto, que no existen términos hábiles para estilar que no concurrió la libre voluntad de la esposa, ya que con posterioridad a esas fechas no hay ni siquiera indicios de actos obstructivos al hecho material de la separación, y si una manifiesta aquiescencia tácita a tal situación, por todo lo cual resulta indudable que concurren todos los requisitos de la causa duodécima del artículo 39, invocado en la demanda, y, en su virtud, procede decretar el divorcio vincular que se solicita, dando lugar al recurso de revisión interpuesto por injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 330-.

(607) "... Que solicitado el divorcio vincular por la causa duodécima del artículo 39 de la vigente Ley que lo regula, en torno a la cual ha girado la prueba de los hechos que le sirven de fundamento material, se demostró cumplidamente por adveraciones testificales y documentales



que en efecto, los esposos se separaron libremente hace muchos años para residir en distinto domicilio, con consentimiento manifiesto de ambos, determinado implícitamente al no ejercitar el uno y el otro las acciones y compulsiones legales características de la vida en común": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1408-; "... Ya que es un hecho patente en el que están conforme las partes que desde 1901, dos años después de contraer matrimonio hasta la fecha, vivieron separados los esposos en distinto domicilio, por aquiescencia tácita por lo menos, toda vez que de los autos no aparecen gestiones de clase alguna para reanudar la vida conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1583-; "...Que está evidentemente demostrado en autos por las pruebas practicadas que los cónyuges doña Josefa M.G. y don Gerardo R.M. llevan separados y viviendo en distintos domicilios más de tres años; no pudiendo quedar duda del mutuo y libre consentimiento para esa separación, porque, aparte de lo que en sí indica el hecho sólo de la misma, no se ha pretendido ni ejecutado acción alguna por parte de los cónyuges para interrumpir dicho estado anormal, que claramente manifiesta una relajación o anulación de hechos del vínculo matrimonial, no obstante lo dispuesto por los artículos 58 y concordantes del Código Civil; siendo por lo mismo patente que la Sala no ha incurrido en injusticia notoria al admitir la expresada causa de divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1736-; "... que el juicio de la Sala sentenciadora está cabalmente ajustado a derecho, tanto por lo que afecta a la justa apreciación de la prueba, como en lo referente a la exacta aplicación de la norma al caso, todo lo cual determina la procedencia del divorcio, fundado en la causa 12ª del artículo 3º de la Ley por codisolución del vínculo implícita en la separación temporal libremente aceptada por ambos cónyuges": Sentencia del Tribunal supremo de 14 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 345-; "... Que el alejamiento voluntario de la esposa del domicilio conyugal a fines del año 1904, y el hecho de que, instada por su marido en 7 de mayo de 1905 a que se reintegrara a dicho domicilio, no atendiera tal requerimiento, revela, no habiéndose probado la existencia de causa grave que pudiera justificar esa conducta, que la demandada, con plena libertad, decidió no reunirse con su esposo y permanecer viviendo en distinto domicilio; cuya voluntaria situación fue aceptada también por el demandante, que no realizó gestión alguna oficial para reintegrar a su esposa al domicilio matrimonial, no sólo cuando ella no accedió a su requerimiento en 7 de mayo de 1905, sino al haber tenido conocimiento de la caducidad del depósito que su esposa promoviera en el propio año; conducta de uno y otro cónyuge reveladora de la aquiescencia continuada de ambos de consentir por su libre voluntad tal estado, que, manteniéndose en el caso de autos durante bastante más de los tres años que exige la ley del Divorcio en su artículo 3º, para reintegrar los requisitos de la causa duodécima, hace procedente su aplicación para legalizar la situación de hecho en que se encuentran los cónyuges en litis, dando así lugar al recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 403-; "... Que en el caso examinado es notorio el acaecimiento de un suceso del cual la esposa se reconoce causante en la carta que, para mejor proveer, unió por testimonio al rollo de Sala que ocasionó la inmediata y efectiva separación de los esposos y resulta asimismo demostrado que desde ese momento no se intentaron por la mujer arbitrios expresivos y eficaces de concordia, ni promovieron recursos legales de normalidad matrimonial, sino que a través de lamentaciones sobre su propia culpa -cuya indagación no es el caso- se mantuvo inerte, hasta el punto significativo de no comparecer en autos a defender su posible derecho; todo lo cual demuestra su libre asenso a la situación creada, que es en buena interpretación criterio lógico presuntivo del divorcio facticio": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 406-; "... que la injusticia notoria se apoya en dos motivos; uno, el estimar la sentencia recurrida la causa 12 del artículo 3º de la ley de Divorcio alegada por el marido en su demanda,... apreciación de la Audiencia que no integra la injusticia notoria, porque, en cuanto a la causa 12 son hechos admitidos por los cónyuges que éstos llevan separados desde 1908, o sea, 25 años; que la mujer no ha hecho reclamación ni gestión alguna durante tan largo periodo de tiempo para que la separación cesara, o, por lo menos, constara su oposición a tal estado de hecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1933 - Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 781-; "... Respecto de la causa duodécima

del artículo 3º de la Ley de Divorcio que la revisión de la prueba a ella atinente revela que la demandada dejó el domicilio conyugal en agosto del año 1923, llevándose consigo a la hija de escasa edad del matrimonio, sin que hubiese aún vuelto a él en octubre de 1932 al presentarse la demanda, en la que el actor asevera que desde la fecha de su fuga ignora su paradero, como lo confirman los testigos; y como tan dilatado estado de tiempo sin que doña P.M. haya procurado de algún modo el reanudamiento de la vida conyugal por ella de hecho interrumpida, ni siquiera dado a su marido muestras de su existencia y de la pequeña hija de ambos, revela el deliberado propósito de la demandada de seguir permaneciendo en la separación de hecho que ella creó, aun después de transcurrido con exceso el plazo de los tres años marcados en la causa duodécima del artículo 3º de la Ley, al no apreciarlo así la sentencia recurrida, incide en el número 3º del artículo 57 de la misma y por deber estimarse aquélla procede la revisión solicitada": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 283-; "... Que para poder juzgar con acierto sobre el problema que el recurso plantea, es necesario recoger y examinar los antecedentes de hecho que pueden servir de fundamento para deducir lógicamente si la separación de los cónyuges fue o no libremente consentida y de ese examen aparece que los cónyuges vivían separados de hecho y en distinto domicilio desde el año 1924 sin que conste que ninguno de ellos haya realizado durante todo ese tiempo algún acto de carácter oficial ni particular, tendente a un propósito de reanudar la vida matrimonial; que los testigos que han declarado en los autos afirman que han observado la realidad de la separación y de la libertad de consentimiento de los cónyuges en mantenerla, apreciación perfectamente estimada por los signos exteriores derivados de manifestaciones hechas por los interesados y de su modo de desenvolverse en los actos de su vida de relación, máxime tratándose de una pequeña localidad, como era el pueblo donde vivió el matrimonio hasta que la esposa por su voluntad decidió irse a vivir con sus padres y el marido por la suya consintió en ello; que el demandante funda su demanda alegando la existencia de la causa duodécima ya dicha, a base naturalmente de que la separación de hecho por más de tres años en que se hallaban él y su mujer fue libremente consentida, y la esposa se allanó a esta demanda reconociendo con ello la realidad de tal supuesto; y si bien es cierto que con arreglo a lo que dispone el artículo 51 de la Ley, este allanamiento por sí solo no sería bastante para fundamentar una sentencia condenatoria, sí es un elemento de juicio de gran importancia en este caso para que, puesto en relación con los demás de que queda hecho mérito, haya que deducir lógicamente la concurrencia de los requisitos necesarios para la estimación de la causa de divorcio de que se trata, y al no haberlo estimado así la Sala sentenciadora, es procedente dar lugar al recurso interpuesto apreciado que se cometió injusticia notoria que debe repararse aceptando la causa alegada y dando por consiguiente lugar al divorcio solicitado tanto en la demanda como en la contestación": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 436-; "... Como la demandante doña C.V. ha demostrado, mediante prueba documental y testifical, el hecho material de la separación en distinto domicilio, de ella y de su esposo el demandado rebelde don R.C., desde el año 1921, hecho que reconoce la Sala sentenciadora, sin que aparezca la menor indicación probatoria de que el esposo, haya intentado o practicado gestiones oficiales o particulares para reintegrarse al domicilio conyugal, es incurso que consintió la separación, sin que su situación de rebelde en las actuaciones, puede servir de privilegio para no estimar la causa que se invoca, debiendo, en su consecuencia, revisarse la sentencia del Tribunal "a quo", que, al denegarla, incurre en la injusticia notoria en que se funda el recurso interpuesto": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 440-; "... Que incurre, también, en injusticia notoria el fallo recurrido al desestimar la causa duodécima del artículo 3º de la mencionada Ley, aducida en la demanda, por la recurrente; pues apareciendo probado, como se afirma en los fundamentos de la sentencia recurrida la separación de hecho de los cónyuges, en distintos domicilios por más de tres años, no obsta a que aquella separación no haya sido libremente consentida por el demandado don A.A., la simple manifestación de éste respecto a que su esposa se negaba a restituirse al domicilio conyugal sin aportar elemento de prueba alguno, como lo exige la jurisprudencia establecida por este Tribunal Supremo, demostrativo de haber, el esposo, realizado actos de carácter judicial o gestiones privadas encaminadas a conseguir que su esposa se reintegrara al hogar de su marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1113-; "... Que probada

holgadamente la separación de los cónyuges por más de tres años, en domicilio diferente, no es obstáculo a la apreciación del elemento de libre consenso, la circunstancia de que el marido hubiese abandonado el hogar sin causa justificada y que la esposa intentase gestiones inmediatas para la reintegración matrimonial, pues frustradas éstas y demostrado así mismo una consecuente sumisión al estado de hecho creado por la conducta irregular de él, aunque no fuese invocada como fundamento del divorcio la causa quinta del artículo 3º de la ley de méritos resulta no obstante patente e inequívoca la conformidad voluntaria de ambos cónyuges a la nueva situación facticia determinada por la significativa actitud del esposo al desertar resueltamente de sus deberes de convivencia, hasta el punto de resistir a la conciliación requerida en el instante inicial de la separación, aceptada luego por el libre consentimiento de la mujer que no volvió a insistir en aquella mediante gestiones reiterativas de reconciliación sino que, por el contrario, consciente de la inutilidad de toda tentativa encaminada a reanudar el vínculo, dejó transcurrir el tiempo suficiente para ejercitar con pleno derecho la acción de divorcio que correctamente ha promovido ahora, sin oposición del demandado; razones en virtud de las cuales procede acceder a la revisión solicitada por notoria injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1120-; "... Que si bien en el informe del Inspector de la guardia municipal obrante al folio primero de los autos, no se precisa la fecha en que la demandada doña M. de G. abandonó el domicilio conyugal, al relacionar dicho informe con las declaraciones de los tres testigos que depusieron en tiempo oportuno, claramente se desprende que el aludido abandono tuvo lugar a mediados de agosto del año 1927, continuando la separación, no interrumpida, cuando declararon los testigos, debiendo reputarse que dicha separación ha sido libremente consentida, ya que no resulta que hubiera motivo racional para ella por parte de ninguno de los consortes ni que se haya formulado reclamación alguna": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1128-; "... que es de una realidad innegable, conforme se desprende de los autos, que contraído matrimonio por don G.T. con doña I.G., el día 16 de diciembre de 1912, del que nació una hija en el siguiente año, la esposa se marchó voluntariamente del domicilio conyugal, a la sazón constituido en Barcelona, en el mes de noviembre de 1922, sin que su cónyuge volviese a tener noticias de la ausente, ni tratase de averiguar su paradero, hasta que un día del mes de septiembre de 1927 se presentó en el piso cuarto del número 18 de la calle del General Pardiñas, de esta Villa, a donde con su hija, enferma mental, había trasladado su vivienda el demandante, del cual domicilio tornó a huir la demandada a los pocos días de su estancia en él, sin aparente razón justificativa, volviendo de nuevo el actor desde esta última fecha, como cinco años antes, a reiterar de un modo tácito, pero bien expresivo, su conformidad con la separación de hecho de su esposa en distinto domicilio, debida a la iniciativa de esta última, puesto que tampoco ejercitó esta segunda vez ningún derecho de lo que a la autoridad marital sobre la esposa la ley concede: Que atendida la naturaleza objetiva de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y siendo, por otra parte, evidente que los cónyuges de que se trata viven de hecho separados, y en distinto domicilio desde el año 1927, como aparece además del pleito el libre consentimiento de ambos cónyuges para la subsistencia de tan prolongado apartamiento de la vida conyugal, es notorio que la sentencia recurrida incurrió en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, y que procede, por tanto, la revisión que contra ella formuló don G.T., dándose, en su consecuencia, lugar al divorcio por él interesado en su demanda": Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1436-; "... Que con la cita del número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, interpuso el fiscal recurso de revisión contra la sentencia del Tribunal "a quo", que estimó demostrada, por la libre facultad que le corresponde en la apreciación de la prueba, la concurrencia de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley en el pleito de divorcio promovido por don R.F. contra su esposa doña C.M., luego para que este Tribunal pudiese apreciar en el fallo recurrido la injusticia notoria que el fiscal le atribuye por no haberse acreditado en los autos el libre consentimiento del actor en la separación de los cónyuges en aquélla previsto, por los llamamientos que a su esposa hizo para que reanudasen la vida conyugal, sería preciso que el Ministerio Público hubiese alegado y de la revisión de la prueba practicada apareciera que esos requerimientos los había realizado el marido dentro de los tres años anteriores a la presentación de la demanda el

15 de diciembre de 1932, puesto que ningún efecto pueden producir con relación a la causa de divorcio apreciada por la Audiencia de Madrid aquellos que el esposo hiciera a su cónyuge en los doce años y medio anteriores a la promoción del pleito a partir -y lógicamente pensando en épocas cercanas- del mes de 1918 en que se separaron los contrayentes del matrimonio, y como ni el Fiscal adujo tal hecho ni la prueba lo acredita, es obvio que procede no dar lugar al recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1482-; "... Que ambos cónyuges han invocado la causa 12 del artículo 3º de la Ley de divorcio, que resultan cumplidas las condiciones que la jurisprudencia exige para que sea estimada, a saber: la separación en distintos domicilios durante tres años, y el libre consentimiento de los cónyuges, pues la concurrencia de este último requisito la prueban palmariamente, en cuanto a la mujer, el hecho de ser ella la que abandonó el domicilio conyugal por motivos no suficientemente comprobados, y, en cuanto al marido, la circunstancia de que aceptase la situación de hecho así creada, ya que no aparece que realizase actos de carácter judicial ni gestiones privadas encaminadas a conseguir que su esposa se reintegrara al hogar": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-; "... Que alegada la injusticia notoria del fallo, como causa del presente recurso, promovido al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, por estimar que el Tribunal "a quo" no hizo cual debiera dada la resultancia del procedimiento, aplicación de la causa duodécima del artículo 3º que figuraba entre las alegadas, por la actora, en su demanda; y apareciendo, en ejecución de la prueba propuesta por la recurrente, el informe oficialmente presentado por la Alcaldía de Baena en el que se hace constar que el demandado vive en dicha localidad sin hacer vida marital con ninguna mujer hace cuatro años, teniendo en compañía a una hija y dos hijos y algunas temporadas a una sobrina; es visto que la separación de los cónyuges en distinto domicilio desde hace más de tres años es evidente, resultando dicha separación libremente consentida del hecho de no existir gestión alguna de unión instada por cualquiera de ellos; y como tal situación de hecho está corroborada por la confesión del demandado, que incorporada como prueba, aunque sea discutible el uso por el Juez, del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento, no hay obstáculo legal para su valoración al menos como complementaria de la propuesta por las partes; surge el error de la Sala de instancia al apreciar la prueba y por ende el de no aplicación de la causa doce citada; por todo lo cual, estimando el recurso procede en revisión de la sentencia decretar el divorcio sin culpabilidad de ambos cónyuges": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 451-; "... Que amparado el recurso en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio y resultar manifiesto de cuantos elementos probatorios obran en autos, que la actora y su esposo llevan más de veinte años separados de hecho en domicilios distintos sin que ni uno ni otro hayan realizado intento alguno a fin de poner término a tan irregular situación, reaccionando contra ella para reconstituir el hogar común y la vida familiar, circunstancias que integran la causa doce del artículo 3º de la ley citada; es evidente que de su desestimación por la Sala segunda de lo civil de la Audiencia surge el patente error por ésta padecido y la injusticia notoria del fallo en que se rechaza; pues sin anular la eficacia jurídica de dicha causa contrariando la voluntad de la ley, no puede servir de fundamento lógico a esa negativa, cual se utiliza para razonar el fallo impugnado, la existencia de un motivo inicial de la separación, cuando el largo tiempo transcurrido sin la actividad en contrario de los cónyuges, confirma la adhesión de éstos pasiva e implícita a la continuidad de la anómala situación, lo cual constituye la expresión del libre y mutuo consentimiento, por cuanto envuelve clara manifestación de la voluntad de ambos consortes, que no puede ser invalidada por una razón tutelar oficiosa que haría ineficaz el jurídico que es consecuencia de aquella y que aparece fijado en el citado artículo 3º": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 435-; "... Que es un hecho plenamente acreditado y, a mayor abundamiento, confesado por la demandada, que los esposos viven separados y en distinto domicilio desde hace más de cincuenta años, así como resulta evidente que ninguno de ellos trató de que cesase aquel estado de separación y desafecto conyugal; por lo que es visto que concurren en el presente caso las circunstancias que requiere la causa doce del artículo 3º de la ley del divorcio, separación de hecho y en distinto domicilio por más de tres años, y libre consentimiento manifiesto tácitamente por

no haberse realizado gestión alguna para reanudar la vida conyugal": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 622-; "... No es posible mantener igual criterio respecto a la desestimación de la causa doce porque el Considerando tercero de la sentencia de la Audiencia que la rechaza, declara ya probado el hecho de la separación de los cónyuges por más de 3 años y en distinto domicilio y si bien niega el libre consentimiento del marido para negar este requisito se atiene sólo a la prueba testifical de una y otra parte, prescindiendo de otro medio de prueba de más crédito y justificación en este caso, cual la documental privada, consistente en las tres cartas del marido a la mujer en el año 1928 por las que se acredita plenamente no sólo el consentimiento del esposo a que su mujer viva de él separada sino su aspiración a cotizar tal consentimiento, ya que en una carta le propone un "pacto o modus mediante un préstamo de cinco mil pesetas" y en la última de tres de febrero, llega a decirle "en aras de la paz conyugal perpetua voy a hacer el último esfuerzo, estoy dispuesto a renunciar para siempre a mis derechos en la sociedad conyugal, firmando una escritura antes del 10 del próximo marzo, percibiendo la cantidad de cinco mil pesetas y después durante cinco años consecutivos me entregarás tres mil cada año el día 20 de mayo...", documentos que unidos al hecho de que el marido jamás aparezca realizando gestión alguna particular o judicial para la reintegración de su mujer al hogar conyugal, demuestran cumplidamente la existencia del consentimiento en el marido en la separación alegada por la mujer, y al no estimarlo así la Audiencia, omitiendo aquéllos documentos, incide en la injusticia notoria que en el recurso se invoca por la evidente contradicción del fallo con el resultado de la prueba practicada, sobre la realidad de la causa duodécima": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1255-; "... Que evidente y reconocido por ambos cónyuges el hecho de su separación por más de tres años tan efectiva como significa residir el esposo en Cuba y la señora en España, del libre consentimiento por el marido es muestra de circunstancia de que no consta acto con trascendencia oficial ni oficiosa en que requiera a su mujer para seguirle y hacer vida común y como la voluntad de ella es patente de vivir apartados, concurren las circunstancias requeridas en la citada causa doce": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2181-; "... Que al denegar el Tribunal de Instancia el divorcio solicitado por doña M.A. se fundó en que si bien aparecía justificada la separación de hecho en distinto domicilio durante tres años, no así el libre consentimiento del marido, que exigía la prueba plena de su voluntad expresa para la continuidad de aquel irregular estado; mas es evidente, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta Sala referente a que el consentimiento puede exteriorizarse o revelarse, bien por acuerdo expreso, bien por la adhesión implícita y pasiva de los cónyuges, que el Tribunal sentenciador incurrió en injusticia notoria, ya que si es cierto que no existió la voluntad en forma expresa, no lo es menos, y así resulta probado, que los testigos afirman que la separación fue con conocimiento sin oposición del demandado; que emplazado personalmente para contestar la demanda dejó de comparecer, siendo por ello declarado en rebeldía; que llamado por dos veces para absolver posiciones, la última bajo apercibimiento de tenerle por confeso, no acudió a la presencia judicial, y que no realizó gestión alguna para reintegrar a su consorte al domicilio conyugal; hechos todos reveladores del libre consentimiento": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2473-; "... Que la causa duodécima tuvo cumplida justificación en autos por constar haber autorizado el recurrente a su mujer en 1º de marzo de 1927 para marcharse del domicilio conyugal, subsistiendo desde entonces la separación de hecho de los esposos en distinto domicilio por más de 3 años y libremente consentida, demostrándose así que al apreciarla el Tribunal de instancia decreta conforme a lo dispuesto en el número 2º del artículo 36 de la Ley de trámite la separación de las personas y bienes de los cónyuges, lejos de incurrir en injusticia notoria, procedió acertada y rectamente": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 96-; "... Que en cuanto a las cartas presentadas por el demandado en el periodo de prueba y en las que principalmente pretende fundar la existencia de gestiones para reanudar la vida con su mujer, ni están escritas ni firmadas por ésta, ni aparecen reconocidas, ni tienen fecha y aun admitiendo que fuera la del año 1928, como el recibo que con ella se presentó, hubiera transcurrido con exceso, hasta que se formuló la demanda, los tres años que señala la causa 12 del artículo 3º de aquella Ley, sin acreditarse diligencia alguna de convivencia matrimonial, por lo que

al estimar la Audiencia la existencia de tal causa y como consecuencia legal desestimar el abandono culpable de la mujer alegado por el marido, ni lo hizo con manifiesto error en la apreciación de la prueba ni incidió en evidente injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 321-; "... Que el resultado que arrojan las actuaciones se deduce lógicamente que doña S.G., recién contraído matrimonio, abandonó el domicilio conyugal sin causa que así lo determinase a obrar procedente de una conducta culposa del marido y sólo por pura desafección a éste, de quien ha vivido separada sin intentar jamás reanudar la vida en común, durante más de tres años, siendo de notar que el esposo aceptó esta situación de hecho creada por su consorte, por lo cual es indudable la existencia de la causa 12 del artículo 39 de la Ley de Divorcio, que en reconvencción alegada el demandado, y al no reconocerlo así la Sala sentenciadora motiva la injusticia notoria del fallo que debe ser revisado en el extremo a que este recurso se contrae, sin declaración de culpabilidad por ser la apreciada una causa de naturaleza objetiva y con imposición de costas a la mujer por resultar del pleito litigante vencido": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1524 bis-; "... Que en el recurso de revisión interpuesto conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, impugna don L.E. la sentencia dictada por la Audiencia de Madrid en el pleito de divorcio que promovió contra su esposa doña J.M., por no haber estimado el Tribunal "a quo" la causa duodécima del artículo 39 de la Ley, única alegada en la demanda, al entender la Sala sentenciadora que no se demostró en los autos la concurrencia del libre consentimiento de ambos cónyuges en su separación de hecho en distinto domicilio durante más de tres años; pero aun cuando, como la Audiencia indica, los testigos presentados por la parte actora no afirman en verdad tan interesante particular de índole subjetiva de los esposos, la insistencia de ambos en mantener el referido estado de separación durante más de 20 años sin haber intentado siquiera ninguno de ellos privada o judicialmente poner fin a la anómala situación conyugal que por unos u otros motivos crearon en el año 1913 patentiza, a no dudarlo, el voluntario y manifiesto deseo de ambos de persistir como hasta aquí, sin limitación de tiempo, en la separación hace tantos años iniciada, máxime cuando recíprocamente se acusan de adulterio y todo ello justifica la procedencia de estimar el recurso de revisión promovido por don L.E.": Sentencia del T.S. de 9 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1559-.

(608) "... Que el Tribunal "a quo" al desestimar la demanda de divorcio presentada por don José Roán H.G., se funda en no haber justificado el actor la separación, libremente consentida, apreciando que, por el contrario, se había probado, que la demandada instó constantemente a su marido para que se reintegrara al hogar, conviviendo con ella y con su hijo, y esta voluntad de la esposa reiteradamente excluye el consentimiento libre y voluntario a una separación provocada por el marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1625-; "... que el Tribunal de instancia, al apreciar la prueba, que con esmero examina, afirma rectamente la evidencia de la separación durante mas de tres años en distinto domicilio, pero también, con notorio acierto, teniendo en cuenta la resultancia de los autos, sostiene que no aparece hecho alguno que demuestre que ambos cónyuges, y muy especialmente la esposa, consintieron libremente esa separación, y antes, por el contrario, sus hechos evidencian que en el ánimo de los esposos estaba el que esa situación no fuese permanente, siendo prueba de ello que la mujer perdonó al marido en cuantas ocasiones se presentó en el domicilio conyugal, reanudando siempre que esto ocurría la vida conyugal, todo lo cual demuestra que no existió el libre consentimiento de la mujer, que es requisito esencial para que la separación de hecho constituya la causa duodécima del artículo 39 de la ley del Divorcio, y al apreciarlo así la Sala sentenciadora, no incurrió en la injusticia notoria que se alega": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1626-; "... Que la recurrente no ha justificado, como fuera preciso para que prosperase la revisión que intenta, por injusticia notoria, de la sentencia que absuelve a su esposo de la demanda de divorcio contra él dirigida, que el Tribunal "a quo" hubiese en ella padecido un palmario y flagrante error al estimar, como lo hizo, apreciar conforme a sus facultades soberanas la prueba practicada, y deduciendo de la misma que el esposo de la actora no consintió libremente, en momento alguno, que ella permaneciera alejada del domicilio conyugal, gestionando por el contrario, valiéndose de toda clase de medios,

que se reintegrara al hogar doméstico, significando así, claramente su deseo y voluntad de convivir con ella, faltando, por lo tanto, el requisito de libre consentimiento que ha de caracterizar a las separaciones de hecho para que, conforme prescribe la causa 12 del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932, sean productoras del divorcio que se intente": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1729-; "... Que la supuesta injusticia notoria que se atribuye en el recurso a la sentencia impugnada, pretende fundarse en que, no obstante haber apreciado en ella la Audiencia de Murcia la separación de hecho y en distinto domicilio, por tiempo superior a tres años, de los cónyuges don Adolfo L. y doña Eugenia R., entendió el Tribunal, que no fue libremente consentida aquélla por la esposa demandada; pero el detenido examen y revisión de las pruebas practicadas acerca de tan interesante y particular, convence de que el Tribunal sentenciador las apreció, conforme a un recto y racional criterio, y de la improcedencia, por tanto, del recurso de revisión por injusticia notoria promovido por dicho señor L., puesto que, aunque sus testigos afirman, como se les pregunta, que la separación de ambos cónyuges fue convenida por ellos amistosamente en Cartagena, los que presentó la demandada no tachados por el actor, aseveran todo lo contrario, así como que los esposos vivieron juntos en Valencia, desde donde envió a Dª Eugenia con sus hermanos, el esposo don Adolfo, por haberse quedado sin empleo, y que dicha señora apremió siempre y continuadamente a su marido para que reanudase la vida en común; y esta última manifestaciones testificales, coincidentes con las alegaciones contenidas en la contestación a la demanda, vienen a confirmarlas, de otro lado, algunos de los documentos que con la firma "Adolfo" obran en los autos y no fueron contradichos por el demandante, en los que éste daba respuesta, sin duda alguna, a las repetidas cartas que en sentido opuesto a los deseos de su marido, le dirigía la esposa, pues en el obrante al folio 30, de fecha 25 de noviembre de 1929, su firmante dice: "Lo que no quiero es recibir cartas en el tono de la anterior, porque me molestan mucho"; en el del folio 21, sin fecha, ya de época muy cercana a la presentación de la demanda atendiendo su contexto, además de otros conceptos demostrativos de que el vehemente propósito del Sr. L. era el de romper el vínculo matrimonial que le une con doña Eugenia R., la invita a que presta su conformidad para ello a un Procurador de Murcia, a quien ha dado poder para que entable el divorcio que pasará a visitarla, lo cual demuestra que anteriormente no había conseguido la de la demandada respecto de la situación en que desde años antes se hallaba el matrimonio; y en el del folio 28, posterior al que acaba de indicarse, se ve que después de manifestar que si persiste en escribirle a la oficina no la mandará nada, se conduce de que no presentase su conformidad para el divorcio, que de todas formas seguirá adelante, y se realizará en su día; todo lo cual demuestra que, lejos de haber existido el libre consentimiento de doña Eugenia L. para la separación en distinto domicilio, en que desde hace años se encontraban los esposos, que exige la causa 12 del artículo 3º de la Ley de 2 de marzo de 1932 para que se dé al divorcio, dicha señora nunca estuvo conforme con la actitud de su esposo con relación a ella, y demuestra también que éste, en lugar de querer reconstituir el hogar conyugal, trayendo consigo a su esposa a Palencia, donde tiene fijada su residencia y está domiciliado, pretendió siempre cohonestar la conducta por él seguida con su cónyuge con el envío mensual a su esposa, de una vez o en fracciones, de 100 pesetas, como medio de lograr el acomodamiento de doña Eugenia al estado de separación matrimonial buscado y mantenido exclusivamente por su marido": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 815-; "... Que la Audiencia no incurrió en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, porque según reiterada doctrina de esta Sala, presupone y exige que sea manifiesta, clara y patente en el fallo, esto es, que la injusticia notoria sea producida por una evidente errónea apreciación de la prueba sobre los hechos o causas de divorcio solicitadas, o por indebida aplicación del derecho regulado por la Ley especial, no pudiendo estimarse, cuando se substituya lo probado en autos por opiniones personales del recurrente; y como esas características no concurren en el presente litigio, puesto que el Tribunal de instancia apreció rectamente la no existencia de la causa 12ª del artículo 3º, por no haber sido la separación libremente consentida, según las propias manifestaciones del actor, que afirmó que su esposa, repetidas veces, pretendió reintegrarle a la vida conyugal para evitar los comentarios populares y salvaguardar el repeto y consideración de mujer casada, es indudable que procede desestimar el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciem-

bre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 840-; "... Que el recurso de revisión por injusticia notoria, establecido en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio precisa para su estimación, conforme a reiteradísima doctrina de esta Sala, que se haya cometido por el Tribunal de instancia un patente error al apreciar las pruebas o al aplicar los preceptos legales, lo que en el presente caso no concurre para que exista la causa décimosegunda del artículo 3º no hasta la separación durante más de tres años y en distinto domicilio, sino que es además requisito esencial el libre consentimiento; por lo que invocada por el marido obtuvo bien desestimada, ya que aparece demostrado que la mujer quiso mantener la unión conyugal en todo momento": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 51-; "... Que la injusticia notoria de la sentencia recurrida, alegada como fundamento único del anterior recurso, al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, no puede ser estimada, porque al apreciar la Audiencia que no existe la causa décimosegunda del artículo 3º, invocada como fundamento de la demanda y declarar en su consecuencia no haber lugar al divorcio solicitado por el marido, interpreta acertadamente la intención y el propósito del legislador al crear aquella causa de divorcio, que requiere el libre consentimiento de ambos cónyuges, su absoluta conformidad con el estado de hecho de la separación, de manera activa y patente, no pasiva y resignada, ni obligada o impuesta ya por las circunstancias de la vida, ya que por motivos de decoro o dignidad personal, y si la Audiencia, tanto por la confesión judicial de la demandada como de la prueba testifical a su instancia practicada, con las circunstancias de que entre los seis testigos están la madre del marido demandante, dos hermanos suyos, y una hija del matrimonio, deduce recta y lógicamente que el requisito esencial del libre consentimiento para la separación no existió en la mujer que constantemente protestó de tal separación, procurando por todos los medios reanudar la vida conyugal sin lograrlo por la actitud de él, la injusticia notoria del fallo no puede con éxito incoarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 260-; "... Que el Tribunal "a quo", ajustándose a las reglas de la sana crítica, sin incurrir, por lo tanto, en aquella manifiesta y evidente equivocación de facto que exige la doctrina jurisprudencial para que pueda prosperar el recurso de revisión por injusticia notoria, establece como fundamento de su fallo, el negar la existencia de la causa número doce del artículo 3º de la Ley sobre divorcio, invocada por el actor y recurrente como motivo de la demanda que interpone contra su esposa, que, ésta, ha hecho continuas tentativas y gestiones para que su marido se reintegrara al domicilio conyugal, no habiendo consentido libremente, en ningún momento, la separación de hecho en que, actualmente, se encuentran los esposos; por lo que, faltando esta indispensable condición o requisito del libre consentimiento en la separación por ambos cónyuges, se impone la desestimación del presente recurso, basado, tan sólo, en el criterio personal e interesado del recurrente en orden a la apreciación de las pruebas suministradas por ambas partes": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 273-; "... Que innecesario tratar de la causa doce, primer punto del recurso, porque la potencialidad de la otra la excluye, no se entiende ocioso que fue independientemente de esto, justamente desestimada, pues el mero transcurso del tiempo, no es susceptible de producir un libre consentimiento, cuando como en el caso aparece evidenciado que se requirió en varias ocasiones e inútilmente por la esposa al reintegro a la vida y domicilio común": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1925-; "... La Audiencia, interpretando rectamente aquella prueba, declara acreditado que el marido fue quien se alejó de la mujer desde la celebración del matrimonio sin que por ningún lado aparezca el libre consentimiento de ella para tal separación, ya que hubo varios requerimientos particulares y gestiones de la mujer para establecer la vida conyugal, a lo cual se negó el esposo...": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1037-; "... Que el Tribunal sentenciador al hacer en conjunto el examen de las pruebas practicadas a instancia de las partes y someterlas a un análisis de imparcial y exquisita depuración hubo de concluir con singular acierto pronunciándose por estimar que la causa duodécima exige la concurrencia de dos requisitos siguientes: 1º, separación de hecho en distinto domicilio durante tres años y que esta separación nazca del libre consentimiento de ambos cónyuges y si bien concurre el primero no así el segundo con la precisa plenitud cual se demuestra lo mismo por



el hecho que confiesa el marido de haber instado a su esposa a que volviera a su lado, que por la terminante oposición de la mujer en consentir la separación, como así lo expone el contestar la demanda y en su confesión judicial, en la cual manifiesta estar separada de su esposo contra su voluntad": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1972-; "... Que al negar la Audiencia la existencia del requisito del libre consentimiento integrante de la causa doce del artículo 3º, única alegada en la demanda, no comete injusticia notoria, porque aquella falta de libertad en la separación de los cónyuges resulta acreditada no sólo por la carta a que hace referencia la recurrida, sino por las que la madre de la mujer dirigió a su yerno y que éste acompañó a su demanda, cartas escritas en 1930 y 1931 en las que le pide le indique donde ha de mandarle la correspondencia "para tenerle al corriente del estado de su mujer", que se encontraba embarazada; la envía los nombres y apellidos de sus padres y abuelos "para la partida de nacimiento de su hijo que va a nacer y el nombre que quiera que se le ponga", le comunica el nacimiento y la gravedad en que la madre ha estado a consecuencia del parto, confesando el marido que todavía no conoce a su hijo, correspondencia que justifica, que desde junio de 1930, fecha de la separación, la mujer no prestó en momento alguno el libre consentimiento a tal estado de hecho y si bien en su confesión judicial afirma que no ha intentado repudiar la vida matrimonial, añade que escribió al marido para que fuese a por ella al pueblo de Frageneda donde "vive con su madre"; por la carta de 15 de octubre de 1933 de la mujer al marido, acompañada por aquélla en copia a su contestación, reconocida su existencia por el marido aunque negando su contenido, que no precisa cual fuera y por las declaraciones de dos de los testigos de la demandada, uno de ellos el médico de Frageneda, que oyeron al marido que como no se llevaba bien con su mujer tenía derecho a vivir su vida y obligarla a separarse de él, añadiendo el otro testigo, don P.R., amigo del marido, que éste le dijo que tenía ciertas relaciones con una señora de la que tenía dos hijos, elementos probatorios que justifican el fallo recurrido": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 347-.

(609) "... Que frente a la apreciación de la Sala sentenciadora, que entendió no había sido probada la concurrencia de ninguno de los dos requisitos que integran la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de divorcio, aduce el recurrente, al amparo del número 3º del artículo 57 de la propia Ley la oposición flagrante que cree encontrar entre el fallo recurrido y la resultancia del proceso, puesta de relieve por la contestación que la demandada dió a la pregunta sexta del pliego de posiciones articulado por el actor, pero es lo cierto que la confesión judicial no arrojó, en el caso de estos autos, un resultado completamente claro, pues si bien en esa posición sexta la demandada no negó de modo categórico que hubiese residido en Bélgica desde julio del año 1931, hasta mediados del año 1933, en cambio en la posición quinta afirmó rotundamente que en febrero de 1932 estuvo su esposo viviendo con ella, en el domicilio de la absolvente; y como esa misma contradicción que acusa la prueba de confesión resalta en la prueba testifical toda vez que no son coincidentes los testimonios de quienes depusieron y hubo testigos que aseguraron que en la fecha indicada, o sea en febrero de 1932, hicieron vida común, demandante y demandada, en el domicilio conyugal, se ha de concluir que no hay méritos para estimar la injusticia notoria que a la Sala se atribuye por no haber reconocido la separación de los cónyuges durante el plazo marcado en la Ley, y, por consiguiente, que faltando el primero y más esencial de los requisitos que presupone la invocada causal duodécima, es forzoso, aun sin examinar cuanto pudiera afectar al requisito del libre consentimiento denegar la revisión pretendida": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Marzo de 1938 -Repertorio de Jurisprudencia 1938, Aranzadi, 746-.

(610) "... Que al desestimar el Tribunal de instancia en todas sus partes la demanda de divorcio deducida, no incurrió en injusticia notoria, por no apreciar la causa duodécima del artículo 3º de la ley especial, como se alega en el recurso, porque para su existencia se precisan dos requisitos conjuntos: la separación de hecho en distinto domicilio durante tres años y el libre consentimiento de ambos cónyuges, los que no concurren en el presente caso, puesto que en la demanda no se expresa la fecha en que tuvo lugar la separación para de ello partir para el cómputo del tiempo exigido por la ley...": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1328-.

(611) "... Que tampoco aparece acreditado que se cometiera injusticia notoria por la desestimación de las causas quinta y duodécima igualmente alegadas por el recurrente; porque lejos de existir abandono voluntario del domicilio conyugal por parte de la mujer, se debió, como reconoce la sentencia, a la vida irregular que llevaba el marido, que trajo como consecuencia el convenio y acuerdo mutuo de la separación, con la que no sólo estuvo conforme el marido, sino que al intentar la mujer reanudar la vida conyugal, se opuso aquél a ello de modo absoluto, según aparece plenamente probado en los autos; y si de ello pudiera desprenderse que existía demostrada la existencia de la causa duodécima mientras fuera acto de libre voluntad de los cónyuges permanecer separados en distinto domicilio si ese estado tuvo duración de tres años más, no apareciendo justificación bastante en el pleito para computar desde qué fecha se inició esa separación hasta que la mujer quiso volver al domicilio conyugal sin lograrlo por la oposición del marido, y por consiguiente desde entonces ya no puede estimarse que la separación era libremente consentida por parte de la esposa: falta un elemento preciso que acredite el lapso de duración de tres años en aquel primitivo estado de separación de vida en distinto domicilio por mutuo consentimiento, sin el cual la causa de divorcio dicha no puede ser apreciada por todo lo que debe desestimarse el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1448-.

(612) "De los depósitos de personas": Libro III, Título IV, artículos 1880-1918 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según su redacción originaria.

(613) Artículo 1890 Ley de Enjuiciamiento civil, según su redacción originaria. Los artículos 1891 a 1893 de la citada Ley contemplan supuestos de aumento o prórroga del plazo de un mes señalado en el artículo 1890 de la ley procesal civil.

(614) Cfr. artículo 1894 Ley de Enjuiciamiento civil, según su redacción originaria.

(615) Cfr. artículo 1895 Ley de Enjuiciamiento civil, según su redacción originaria.

(616) "... No sólo no existe injusticia notoria en la resolución recurrida al desestimar la causa 12ª del artículo 3º, sino que interpreta rectamente su espíritu y contenido, ... y, como en el presente caso, no sólo documentalmente está acreditado que la separación se produjo a petición judicial de la mujer al solicitar su depósito en 12 de septiembre de 1920, y llevarse a efecto a los cuatro días formulando el siguiente mes demanda de divorcio ante los Tribunales eclesiásticos contra su marido..., procede rechazar la primera injusticia notoria alegada en el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1698-; "... Que el actor fundamenta su recurso en no haberse estimado la causa duodécima del artículo 3º de la citada ley y como los autos ofrecen plena justificación de que se inició la separación de los cónyuges en 26 de Mayo de 1930, que en 16 de Julio siguiente solicitó la esposa el depósito que fue decretado, ratificandose en 30 del propio mes por haberse presentado y admitido ante el Tribunal eclesiástico la demanda que produjo contra su esposo, depósito que subsistió hasta que publicada la Ley de 2 de Marzo de 1932, promovió la interesada nueva demanda ante el Juzgado número 17 de esta capital el que acordó, así bien, su depósito, terminando el pleito por sentencia de esta Sala de 7 de Diciembre de 1933, y como la demanda motivo de esta litis lleva la fecha de 20 de Enero de 1934, es visto que el Tribunal de instancia no incurrió en injusticia notoria al desestimar la expresada causa duodécima, y por el contrario procedió con acierto porque el tiempo que duró el depósito de la demanda lo determinó una separación de derecho y por tanto no es computable para el plazo de tres años que la causa duodécima exige para que pueda ser apreciada": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 63-; "... Que al no estimar la Sala de instancia la concurrencia de la causa 12 del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, alegada por la actora, por entender que la separación en que viven los cónyuges no es de hecho, sino de derecho, en razón al depósito judicial que aquélla instó y fue acordado provisionalmente en 8 de Julio de 1929 y tenido como definitivo en 4 de septiembre siguiente, después de acreditar haberle sido admitida por el Tribunal eclesiástico la demanda de divorcio que produjo contra su marido, no sólo no incurrió dicha Sala en injusticia notoria, sino que obró con todo acierto y rectitud, porque posteriormente a las actuaciones expresadas nada consta de que se haya deducido petición alguna al Juzgado para que tal depósito quedara sin efecto y, por el contrario, dándolo por subsistente en la propia demanda que inicia el pleito se pide deben tenerse por separados a los cónyuges y por cumplida el número 1º del artículo

44 de la Ley, y en todo caso que se ratifique el auto de 4 de septiembre de 1929, que acordó el depósito definitivo en la sola manifestación de señalar como domicilio de la actora el que tiene actualmente en Madrid": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1955-.

(617) "... Que así planteada la cuestión, siendo un hecho por las partes concordado y por el Tribunal "a quo" reconocido, que si bien la primer separación de doña María Fernanda M.M., de su esposo don Bernabé D.B., ocurrida en 15 de diciembre de 1923, transcurridos dos años de su matrimonio, obedeció a haber solicitado aquélla su depósito judicial con ánimo de entablar demanda de divorcio ante el Tribunal Eclesiástico, es lo cierto que no habiéndose llegado a deducir aquella demanda, a pesar del conocimiento que el señor D. tenía, pues le fue notificado en forma, que aquel depósito esta condicionado a la interposición de la demanda de divorcio en el plazo breve y perentorio que fija la Ley de Enjuiciamiento civil, consintió que su esposa, la recurrente, viviera separada de él y en distinto domicilio, sin pasarle ninguna clase de alimentos, desde el 30 de enero de 1924, en que legalmente, y por imperio del artículo 1894 de la Ley Rituaria civil y jurisprudencia de este Tribunal, había cesado en depósito, renaciendo, consiguientemente, la plena potestad marital, hasta el 18 de abril de 1932, en que se dedujo la demanda inicial de este pleito, sin que hiciera gestión de ninguna clase, judicial o particular, encaminada al logro de que su esposa se reintegrara al hogar conyugal, siendo inadmisibile el pretender justificar tal pasividad por supuestas infracciones legales cometidas por el Juzgado al no dar estricto cumplimiento a la ley de ritos, pues ello no le revelaba, si era opuesto, como pretende, a tal separación, a recabar por los medios legales oportunos que se restableciera la convivencia conyugal, legalmente en principio interrumpida, o tratase por lo menos de conseguirlo por la vía particular y amistosa, hechos ambos que no sólo se han justificado, sino que no han sido siquiera objeto de prueba en este pleito: Que en consecuencia, al afirmar la Sala, fundándose en el inverosímil supuesto de que el demandado pudo creer que su esposa continuó durante los expresados ocho años en situación de legal depósito, que no es de aplicación en este pleito el número duodécimo del artículo 39 de la vigente ley de Divorcio, y al absolver por ello al demandado de la acción contra él ejercitada por su esposa, incide en la notoria injusticia en que se funda el presente recurso, y... procede estimar el recurso de revisión interpuesto por doña María M.M., revocando la sentencia recurrida, y dando lugar a la demanda deducida sobre separación de personas y bienes, sin disolución del vínculo, con las consecuencias legales que de tal declaración se deriven": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1382-; "... Que la impugnación fundamental de este recurso contra el pronunciamiento de la sentencia estimatoria de la causa décimosegunda del artículo 39 de la Ley de Divorcio, se basa en que este precepto legal exige que exista una separación "de hecho" en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, y en el presente caso no puede decirse con fundamento que se trata de separación "de hecho", sino "de derecho", ya que fue motivada por una resolución judicial en cumplimiento de preceptos legales, al solicitar la señora G. su depósito para interponer, como interpuesto, demanda de divorcio ante el Tribunal Eclesiástico en 24 de Junio de 1924, según aparece acreditado en autos por la certificación expedida por el Notario Secretario de dicho Tribunal; pero para poder alegar con éxito este razonamiento, no es suficiente lo que se contiene en la certificación de referencia, relativo a la presentación de la demanda, sino que precisará que hubiera sido admitida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1895 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el que le preceda, porque si la demanda no fue admitida no puede surtir ningún efecto legal con relación al pretendido depósito que habría de quedar sin efecto; y como en autos nada consta en relación con este particular, no puede tener eficacia al fin pretendido por el recurrente, sin el subsiguiente esencial requisito de su admisión que llevara aparejada la ratificación del depósito para que éste subsistiera en toda su virtualidad mientras se sustanciara el pleito; pero como esto no se acredita que haya ocurrido, cae por su base toda la argumentación sobre este motivo del recurso, relativo a que nos encontramos en presencia de una separación "de derecho" y "no de hecho"... y correlativamente por tanto hay que declarar que es de todo punto improcedente la causa de revisión planteada en este sentido": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 243-; "... Que tampoco puede servir de obstáculo

a la estimación de la causa duodécima antes relacionada la invocada circunstancia de hallarse separada la esposa por virtud del depósito de su persona, según se dice llevado a efecto en 9 de marzo de 1929, pues aún admitiendo la realidad de esta diligencia, no aparece ni la más leve indicación de que el relacionado depósito se hubiera ratificado, ni consta se presentase la correspondiente demanda de divorcio, cuya admisión era requisito inexcusable para alcanzar tal ratificación, siendo su natural consecuencia en el orden jurídico al quedar el depósito sin efecto, que tanto el marido como la mujer pudieron sin traba alguna intentar la reanudación de la vida matrimonial, y al no efectuar ningún acto que a dicho fin fuera encaminado ni mediar causas de moralidad o de propio decoro que a cualquiera de ellos se lo vedara, es incurso que ambos permanecieron en la separación por actos voluntarios y libres, con todas las consecuencias que ese proceder lleva aparejadas": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1339-; "... Que no es óbice a ello que haya confesado la demandante que antes de promulgarse la Ley de divorcio solicitó el depósito de mujer casada, toda vez que no consta que llegara a interponer la demanda de divorcio, que sería la circunstancia y momento en los que, según reiterada doctrina de esta Sala, la separación voluntaria y de hecho se habría convertido en separación de derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2185-; "... Que interpuesto por don Mariano M.C. recurso de revisión fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de divorcio contra la Sentencia que la Audiencia de Madrid dictó en el pleito de divorcio que promovió contra su esposa alegando la causa duodécima del artículo 3ª de la citada Ley, en los autos se advierte que en virtud del acto de conciliación celebrado en Navas del Marqués a instancia suya con su marido se convino la separación, quedando ella depositada en casa de sus padres; y, en efecto, de la oportuna certificación expedida por el Secretario del Juzgado municipal de dicho pueblo aparece que, solicitado por la esposa celebrar acto de conciliación con su marido como preparación para interponer juicio de divorcio, en atención a lo manifestado por la esposa de no poder seguir viviendo juntos y de la aquiescencia del marido quedó doña Joaquina S. "en depósito" en casa de sus padres hasta tanto que resolviese la autoridad competente sobre el juicio que intentaba entablar; hallándose dispuesto el esposo a entregarla las ropas de su uso particular, según ordena la Ley, que recogería un hermano de la interesada; y como lo expuesto demuestra sin la menor duda que desde el día 11 de abril de 1925 de la celebración del indicado acto de conciliación libremente consintieron ambos cónyuges en su separación de hecho para vivir en distinto domicilio, y de los autos no resulta que la esposa hubiera promovido su anunciada acción de divorcio contra su marido ni que uno u otro cónyuge hubiera intentado siquiera dar por terminada dicha separación en que voluntariamente se colocaron y en ella habían permanecido más de tres años, cuando en 16 de diciembre de 1932 tuvo el Juzgado de primera instancia número 11 de esta Villa por admitida la demanda de don Mariano M. exclusivamente fundada en la causa duodécima del artículo 3ª de la Ley de Divorcio, es claro que al no haber estimado su concurrencia en el caso de autos, la sentencia impugnada incidió en la causa 3ª del artículo 57 de la misma y procede por tanto acoger el recurso de revisión entablado por dicho señor": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 620-.

(618) "... Que menos aún puede estimarse la causa número duodécima del artículo 3ª de la Ley, porque, como con acierto informa el Juez de Primera Instancia, la separación producida por los depósitos judiciales y por la sentencia de divorcio canónico no es libremente consentida, y las separaciones anteriores a los procedimientos indicados carecen de virtualidad para los efectos, puesto que fueron interrumpidas": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1588-; "... Que exigido para la causa 12 del artículo 3ª de la Ley de Divorcio que la separación de hecho y en distinto domicilio durante tres años haya sido libremente consentida, es evidente que no concurre este requisito en el caso actual, puesto que aparte de lo que se expresó en el anterior Considerando, la separación fue decretada por el Juez civil competente en 22 de julio de 1929, al acordar el depósito y continuó mediante la sentencia canónica de divorcio de 2 de junio de 1931 y tenga o no tenga hoy valor legal esta sentencia es lo cierto que a su amparo y a la resolución del juzgado se mantuvo la separación que resultó ya apartada del libre consentimiento de las partes, siendo también de notar, como hace la Sala sentenciadora, que el marido, hoy recurrente, se

opuso a la demanda de divorcio canónico, lo cual indica también oposición al depósito": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 350-; "... Que para rechazar el motivo del recurso que se funda en la inadmisión de la causa duodécima no se necesita de otra argumentación que la que acertadamente contiene el segundo Considerando de la sentencia recurrida puesto que no cabe apreciar que sea libremente consentida por dos cónyuges una separación de hecho que está impuesta por resoluciones de los Tribunales o autoridades de cualquier clase y jerarquía y si como en el expresado considerando se manifiesta que el matrimonio estuvo separado y en distinto domicilio cada uno de los cónyuges durante nueve años aproximadamente y, de ellos, siete fue impuesta esa separación, primero por la constitución del depósito judicial previa a la tramitación del pleito canónico de divorcio y, después, por la sentencia de este Tribunal decretando la separación temporal de los cónyuges, es indudable que aun cuando se estima que el tiempo que por no existir disposición de autoridad alguna que ordenará la permanencia en ese estado de separación, la que subsistió de hecho, fuera libremente consentida, no llegó a cabo el plazo de tres años que la Ley exige para que la susodicha causa pueda apreciarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia de 1934, Aranzadi, 1127-.

(619) "... Que, aun cuando ninguno de los litigantes puntualizó al más, siquiera, del año 1921, en que la separación de los cónyuges tuviera efecto, de uno de los Resultados de la Sentencia de 24 de enero de 1923 aportada por testimonio en concepto de prueba al pleito, aparece que fue el día 11 de enero del referido año 1921, y el actor consigna en su demanda que la causa obliga de ella fueron las diferencias de caracteres determinantes de serios disgustos familiares en el domicilio conyugal, donde a la sazón vivía la madre del esposo según afirma la demandada mas aunque en principio así fuese, acreditado está en los autos documentalmente, el hecho de que dicha separación obtuvo carácter legal y fue interpuesta a ambos cónyuges desde que por haber pedido en 22 de julio del mismo año 1921, doña S.G. su depósito como mujer casada para interponer ante el Tribunal eclesiástico correspondiente demanda de divorcio, por sevicia contra su marido, por providencia de 16 de agosto siguiente el Juzgado de primera instancia de Valencia nombró depositario de dicha señora a su madre doña T.C. y ordenó que quedase en poder de la esposa la hija menor de tres años del matrimonio; así como de igual modo se justifica en la litis que aquel Tribunal eclesiástico en 19 de junio de 1923 dictó sentencia por la que declaró no haber lugar al divorcio interesado por doña S., dejando, por el contrario, subsistente la obligación de guardar los cónyuges la comunidad de vida matrimonial; de suerte que, los referidos hechos probados en los autos demuestran cumplidamente que desde la separación en enero de 1921, de los cónyuges litigantes, hasta que la sentencia canónica pronunciada cerca de dos años y medio después declaró la indicada obligación de los esposos, no pudo haber existido el libre consentimiento de ambos en su separación ni ser apreciado respecto de él un lapso de tres años": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 491-.

De esta sentencia viene a deducirse, por el contrario, que desde que en 19 de junio de 1923 se dictó por el Tribunal eclesiástico sentencia por la que declaró no haber lugar al divorcio interesado por la esposa, dejando subsistente la obligación de guardar los cónyuges la comunidad de vida matrimonial, desde ese momento empieza a contarse el libre consentimiento de ambos cónyuges, salvo que, como sucede en el caso de que trata esta sentencia del Tribunal Supremo, la no reanudación de la convivencia matrimonial obedezca a la voluntad de uno sólo de los cónyuges, o que la conducta de uno de ellos haga que el otro no pueda reanudar esa convivencia sin ofensa a su honor y dignidad personal.

(620) "... Y como la revisión de la prueba a tal fin atinente justifica de un modo cumplido que la separación de los cónyuges tuvo su origen en el depósito de la mujer, acordado por el Juzgado de Primera Instancia de Cervera de Río Pisuerga, para interponer demanda de divorcio ante el Tribunal eclesiástico correspondiente, que fue admitida en 23 de enero de 1926, citándose y emplazándose al demandado que no compareció a contestarla, sin que, en dichos autos conste el desestimiento de ella con anterioridad al día 9 de marzo de 1933 en que su esposo don M.B. presentó a su vez la demanda de divorcio inicial del actual pleito; y cuanto expuesto queda demuestra que la separación de los cónyuges existente de hecho al formular aquélla, según

el demandante afirma, no obedeció a su mutuo y libre consentimiento como la ley exige, notoria es la injusticia con que la Audiencia de Palecia procedió a estimar el divorcio de los cónyuges contendientes por una causa que sobre no haber sido alegada para ello, no podía tampoco legalmente apreciarse, y la necesidad por tanto, bajo este otro aspecto, de dar lugar al recurso de revisión promovido": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2179-.

(621) "... Que según se consigna en la demanda y se acepta por el escrito de contestación, de doña María Luisa S. acudió al Juzgado en 8 de Marzo de 1923, solicitando el depósito para entablar el divorcio, y constituido aquél por los trámites legales se presentó la demanda que fue admitida constando por las certificaciones aportadas que se practicaron actuaciones en aquel pleito canónico hasta el 30 de noviembre de 1927, sin que hubiera desistido ninguna de las partes; pero no consta que en el mismo se haya declarado la caducidad de la instancia ni que el depósito judicial haya quedado sin efecto y menos que la mujer haya sido restituida al domicilio conyugal; y como la separación en distinto domicilio o originada por el depósito judicial de la esposa, llevado a efecto con arreglo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es separación libremente consentida por ambos cónyuges, como estima acertadamente la Sala sentenciadora, al no constar que haya sido declarada la caducidad de la instancia en el pleito de divorcio ni que el depósito haya quedado sin efecto, es claro que no puede apreciarse la existencia de la separación libre durante tres años que constituye la causa 12 del artículo 39 de la Ley de Divorcio ni el Tribunal de instancia ha incurrido en la injusticia notoria que se alega en el primero de los fundamentos del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1542-.

(622) No obstante, en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 47- se presume que, dado el largo tiempo transcurrido desde que se constituyó el depósito judicial de la esposa, éste sería ineficaz, por lo menos por la caducidad de la instancia en el pleito de divorcio canónico:

"... Que estimado por el Tribunal sentenciador que los esposos don A.A. y doña M.S. viven separados en distinto domicilio desde el 25 de Abril de 1923, sin que haya indicios de que esa separación haya cesado un momento, revelándose claramente por actos u omisiones de los cónyuges la voluntad de vivir separados, puesto que, en cuanto a la mujer, porque instó voluntariamente la separación en las diligencias de depósito, y respecto del marido, porque dejó transcurrir casi diez años de esa situación de separados sin hacer nada que revelara su disconformidad con la separación, pues no solamente no ha instado ningún recurso judicial desde agosto de 1923 para volver a la vida común sino que tampoco consta ni se alega siquiera, que hiciese gestiones privadas para llegar a ese resultado, es claro que tan lógicas deducciones no pueden considerarse desvirtuadas por la observación que se hace en el escrito interponiendo el recurso de revisión de que el marido fue requerido para que se abstuviera de molestar a la mujer y al depositario, porque, si no hubiera consentido libremente la separación, bien pudo pensar que, dado el largo tiempo transcurrido desde que se constituyó el depósito, éste sería ineficaz, por lo menos por la caducidad de la instancia en el pleito de divorcio, y hubiera instado lo pertinente a su derecho; de todo lo cual se desprende la impertinencia de la injusticia notoria alegada en el recurso por la admisión de la causa 12ª del artículo 39 de la Ley de divorcio".

En este sentido, puede verse igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 490-: "... Que la sala sentenciadora tampoco incurre en dicha injusticia, al declarar que, ambos cónyuges, han consentido libremente el vivir separados de hecho en distinto domicilio durante más de tres años, pues si bien es cierto que, la esposa, fue depositada judicialmente en el año 1919, también lo es que, no obstante los años transcurridos desde tal fecha, no ha acreditado el recurrente, ni intentado hacerlo, que practicara gestión alguna, oficial o particular, encaminada a que su esposa se reintegrara al domicilio conyugal, y, por el contrario, se ha demostrado incluso por propia confesión del marido señor P.F., que éste ha vivido maritalmente y ha procreado hijos con mujer que no es la suya legítima, lo que implica, por su parte, el más completo y perfecto asentimiento a la separación de hecho existente, ya que tal situación de vida, por él voluntariamente creada, cualquiera que fuese la conducta de su esposa, imposibilitaba la convivencia del matrimonio; procediendo en su consecuencia, desestimar la revisión que se pretende".

7.13.3. Ejercicio de la acción de divorcio o separación por la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de divorcio o separación en la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las pretensiones formuladas en el juicio, lo constituía la necesidad de que las partes hubieran fundado su acción de divorcio o separación en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite (623).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (624), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por esta causa de divorcio o separación lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvención como causa del divorcio o separación por ella interesado la duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio justificara la alegación de la misma, sentando en los hechos de su demanda o reconvención la realización de los requisitos que han de concurrir para que prospere

esta causa de divorcio o separación, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular en el pleito ninguna prueba dirigida a demostrar una supuesta separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años cuyos elementos no se hubiesen sentado en los hechos de los escritos de demanda o reconvención.

c) Necesidad de probar cumplidamente todos los requisitos que han de concurrir para que prospere la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

La aplicación contenciosa de esta causa de divorcio o separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la ruptura o suspensión de la unión matrimonial por la misma la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos que le sirven de fundamento material (625); no acreditándose por quien la alega aquellos hechos que sirven de fundamento material a esta causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio procede, como es lógico, su desestimación (626).

(623) "... Que las sentencias tienen que ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, según precepto terminante del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como ninguna de las partes alegó en este juicio la causa número 12 del artículo 3º de la Ley de Divorcio, es visto que la Sala no pudo declarar su concurrencia, como no puede ahora apreciarse, pues, aunque se alega en el recurso, apoyándose en equivocadas manifestaciones del informe del Juez de primera instancia, es extemporánea la petición, aparte de que el mismo recurrente confiese que cuando se formuló la demanda no habían transcurrido los tres años de separación": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 46-; "... Que la causa duodécima del artículo 3º de la ley, alegada en el acto de la vista ante el Tribunal de instancia, estuvo bien desestimada, por no haberse deducido oportunamente, esto es, al trabarse la litis, la cual no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquél trámite, sin que tenga aplicación alguna en los juicios de divorcio el artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citado en el recurso, por referirse a los escritos de conclusión que no existen en el presente procedimiento": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 455 bis-; "... Que, interpuesto por doña J.G. recurso de revisión fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio contra la sentencia de la Audiencia que decretó el de dicha señora y de su cónyuge don M.B., por haber apreciado para ello la existencia en el caso de autos de la causa duodécima del artículo 3º de la ley, salta desde luego a la vista la censurable ligereza y notoria inexactitud con que el referido Tribunal afirma en el primer fundamento de su resolución que ambos litigantes invocan, como fundamento de sus respectivas peticiones, la citada causa duodécima, cuando es lo cierto que



en la demanda planteada por el marido para nada alegó tal causa..., sino las 5ª, 7ª y 8ª del repetido artículo 3º, y la simple lectura de los autos pone de manifiesto también que la causa duodécima apreciada por la audiencia como motivo del divorcio la adujo sólo la demandada en su reconvención, no para interesar el divorcio que a base de ella incongruentemente decreta la sentencia combatida, sino la separación de personas y bienes...": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2179-; "... Que establecida la litis mediante el ejercicio de una acción de estado por virtud de la cual se solicita únicamente la separación de personas y bienes de los cónyuges se ha creado desde la constitución formal del juicio un supuesto procesal inalterable, sobre el que versa el pronunciamiento emitido en la sentencia favorable a las pretensiones de la demanda; y dirigido el presente recurso, no a combatir el fallo por injusticia notoria en el sentido estricto que la jurisprudencia tiene reiteradamente enseñado toda vez que no se señala errónea valoración de la prueba o violación del derecho aplicable al caso, sino a pretender que por los mismos hechos se dicte ahora una declaración jurisdiccional definitiva de divorcio vincular, que en ningún momento de la instancia se produjo por el interesado en ello, en vista de la improcedencia de tan anómala solicitud, contraria a la unidad integral de la relación jurídica del proceso constituido dentro del ámbito delimitado por una acción concreta, cuya vigencia resultaría desnaturalizada a consecuencia de la irregular ampliación de sus efectos propios, al transformarla en otra de sustancias diferentes de la que se ejercitó por la parte actora y se reconoció en la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 505-.

(624) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(625) "... Que estimando justificado el Tribunal "a quo" por el resultado de la prueba practicada, que desde los primeros tiempos del matrimonio celebrado entre el actor y la demandada en este pleito no existió entre ellos la compenetración efectiva indispensable para la armónica convivencia de los esposos, sino que, por el contrario, el espíritu de contradicción que animaba a los mismos amargó la vida conyugal, dando lugar a que la mujer solicitara al poco tiempo de casada el depósito de su persona para entablar contra su marido demanda de divorcio; a que después el demandante promoviera pleito de nulidad de su matrimonio con la demandada; a que aquél dejara el domicilio conyugal; y últimamente, a que se promoviera el presente pleito; y estimándose asimismo por el Tribunal sentenciador como probado con toda certeza que a partir del 20 de enero de 1926, hasta la fecha de la demanda origen de este juicio, existió entre marido y mujer separación completa de hecho en distinto domicilio, como lugar de residencia habitual de cada uno de ellos, es manifiesto que tal separación de hecho es la regulada y tenida en cuenta por la citada causa duodécima del artículo 3º de la ley de Divorcio, ya que dicha separación obedece al propósito libremente sostenido por ambos cónyuges de vivir separados en distintos domicilios, como consecuencia de la relajación de los vínculos creados por el matrimonio; y, por tanto, al apreciarlo así el Tribunal "a quo", y declarar la procedencia del divorcio solicitado lejos de infringir en su fallo la citada ley en la causa duodécima del artículo 3º, la aplicó rectamente; deduciendo también, con toda justicia, que tal separación fue libremente consentida por ambos cónyuges, teniendo en cuenta que ni el demandante pretendió volver a la casa donde habitualmente residía su mujer, ni ésta tampoco formuló respecto del marido tal protección, ni se ejecutó por ellos alguna gestión judicial ni particular, conducente a interrumpir la separación de referencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1287-; "... Que del detenido examen de lo actuado aparece como hecho cierto afirmado por el marido el formular la reconvención y reconocido por la esposa al contestar a la demanda reconvencional, la separación voluntaria, esto es, libremente consentida, en distinto domicilio durante más de tres años; por lo cual es vista la procedencia de estimar la causa duodécima, artículo 3º de la Ley de Divorcio, toda vez que concurren todos los elementos que la integran, sin que a ello obste la invocación hace de las causas determinantes de tal separación, refiriéndolas a las en que fundó su demanda, pues no habiendo practicado prueba alguna para intentar su demostración, vino a quedar absolutamente ineficaz la alegación de tales causas": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1339-; "... Que está plenamente demostrado,

sin que a ello se oponga la parte demandada, ni haga declaración en contrario del Tribunal "a quo", la separación de hecho y en distinto domicilio de los cónyuges, libremente consentida durante más de tres años; y en su consecuencia procede revisar la sentencia recurrida decretando el divorcio de don J.F. y doña C.R. en virtud de la concurrencia de dicha causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 245-.

(626) "... Que fundada la demanda en la existencia de la causa duodécima del artículo 3º de la citada ley, o sea, en la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años, forzoso era haber acreditado ambos extremos para que la Sala sentenciadora hubiera podido estimarla, mas declarado por el Tribunal "a quo" que la deficiente prueba practica da no es bastante para sobre ella basar el fallo solicitado, y, además, que la demandante carece de acción para interponer este procedimiento por ser ella la que ha dado lugar a la separación; es consiguiente que la sentencia recurrida no adolece de la injusticia notoria en que se apoya el recurso toda vez que las afirmaciones contenidas en dicha resolución se hallan sólidamente apoyadas en las resultancias del proceso, y el fallo que en su virtud se dictó es la lógica consecuencia, racional y jurídica, de las premisas justamente sentadas, por todo lo cual procede desestimar el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1614-; "... Que alegadas por el actor al formular su demanda las causas séptima y duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, de 2 de marzo de 1932, y dictada por el Tribunal de instancia sentencia absolutoria, produjo aquél contra la misma el recurso que autoriza el artículo 57 de dicha ley por injusticia notoria, y en el escrito formalizándolo se concreta únicamente a impugnar el fallo por no haber estimado la causa duodécima, conceptuándolo un evidente error en la apreciación de los hechos, porque la separación de los esposos en distinto domicilio durante más de tres años, alegada en la demanda, e incluso la confesión la demandada al contestarla, pero como la confesión por sí sólo no basta para fundamentar una sentencia condenatoria según lo preceptuado en el artículo 51 de la expresada ley, y por otra parte los autos ponen de relieve haber quedado improbadada dicha causa duodécima en lo que respecta a los dos requisitos esenciales que comprende, como lo demuestra el que en el interrogatorio de preguntas a tenor del cual fueron examinados los testigos presentados por el demandante no figura ninguna que haga referencia a los hechos integrantes de dicha causa duodécima, es visto que tales alegaciones no pueden acogerse en apoyo del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 2744-.

7.14. "La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo": Causa decimotercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio (627).

El estudio de una enmienda del Sr. Sanchís Banús al artículo 3º del dictámen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de Ley de divorcio nos servirá de base para analizar la naturaleza jurídica y los requisitos que han de concurrir para que prospere esta causa de divorcio o separación comprendida en el número decimotercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio: Esta enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús proponía la siguiente redacción del párrafo decimosegundo del artículo 3º, capítulo 1º, de la Ley sobre el divorcio:

"12. La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida el acuerdo entre ambos por tiempo y manera que resulte grave daño para los intereses de la prole y del bien mutuo, siempre que exista presunción fundada de que aquel acuerdo no ha de restablecerse definitivamente" (628).

Frente a la fórmula del proyecto de Ley de Divorcio y del dictámen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de Ley de Divorcio, la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús intenta, según vino éste a declarar en su intervención en defensa de la misma, soslayar algunos de los inconvenientes substanciales en la fórmula del proyecto ministerial, dejando plena libertad a la Comisión parlamentaria para que recoja, de la manera que considere mas conveniente, el espíritu de la enmienda por él suscrita. Estos son los aspectos que cabe destacar de la intervención del Sr. Sanchís Banús en defensa de la enmienda por él escrita:

1º: La enajenación mental como única excepción sensible

al principio de la culpa, que ha presidido la formulación del proyecto de ley de Divorcio.

2º: Desaparición de la palabra "demente" del texto del proyecto de ley de divorcio, término que significa siempre el último estadio irreversible de la evolución de una enfermedad, la pérdida de toda esperanza clínica del enfermo.

3º: Desaparición de la formulación de esta causa de la proposición a virtud de la cual el divorcio no ha de decretarse si no queda asegurada la asistencia del enfermo mental: DOS son las razones para ello, una razón doctrinal, pues estando frente a una causa que se separa de la noción de culpa, no obstante ello, parece que se hace recaer una responsabilidad sobre el cónyuge sano y se le hace pechar, al menos de una manera implícita, con la carga de la asistencia al enfermo, siendo así que un decreto de la República, promulgado no hace mucho, establece que todo enfermo mental tiene derecho a la asistencia y que el Estado reconoce su obligación de garantizar esta asistencia, y una razón de experiencia empírica, pues no puede considerarse asegurada la asistencia de un enfermo por el mero hecho de garantizarle, por los medios económicos adecuados, su permanencia en un sanatorio, porque asistir a un enfermo es una función continua, es decir, algo que no puede garantizarse en un momento ni de entonces para adelante, sino que en cada minuto reclama posiciones diferentes y esto no se hace más que a través de un amplio y profundo contacto sentimental que no puede estar más que a cargo de aquel que está con el sentimiento ligado al enfermo.

4º: Sustitución de la formulación de la enajenación mental, como causa del divorcio, del terreno de la "convivencia espiritual", abstracto y subjetivo, al terreno de la "conducta", objetivo y concreto, pues, como perito, tendría dificultades de responder al Juez de la enajenación mental que impide la convivencia espiritual de los cónyuges, lo que no ocurriría si lo que se le pregunta es si la conducta del enfermo puede

perjudicar a los intereses mutuos o de la prole:

"SR. SANCHIS BANUS: Sres. Diputados, realmente al plantear esta enmienda entramos, como se ha hecho notar persistentemente en el curso del debate, en un territorio completamente nuevo. La comisión jurídica asesora, el Ministro, la Comisión parlamentaria y todos nosotros hacemos con la enajenación mental la única excepción sensible al principio de la culpa, que ha presidido por parte de todos nosotros nuestra leal colaboración a la formulación de este proyecto.

En efecto, nos encontramos aquí por vez primera con que el espíritu de la nación, encarnado en la Cámara, admite la posibilidad de que se establezca el divorcio por un motivo que no es culposo, sino ateniéndose estrictamente al hecho de que una condición patológica de enfermedad anule la función social que todos hemos convenido en reconocer al matrimonio.

Y al intervenir en esta parte de la discusión, yo debo decir que la redacción del proyecto presentado por el Ministro, inspirado en las normas de la Comisión Jurídica Asesora, me era en parte conocida, puesto que, inmerecidamente tengo el honor de formar parte de esa Comisión Jurídica Asesora, pero habiéndose condicionado en parte la expresión de mi pensamiento al chocar con los de los otros eminentes juristas que componen la Sección de Derecho Civil, yo he creído no debía posponer el fuero de mi investidura de Diputado a ninguna otra circunstancia, e insiste en mi punto personal de vista.

Debo decir a la Comisión y al Parlamento que de ninguna manera me obstino en la defensa de la fórmula verbal que se ha leído. En esta fórmula verbal yo intentaba soslayar algunos de los inconvenientes que me parecían substanciales en la fórmula ministerial, y por eso yo voy a subrayar estos inconvenientes y a dejar en plena libertad a la Comisión parlamentaria, sin más polémica, para que ella recoja el espíritu de mi intervención y lo traduzca, de la manera que considere

más conveniente, en el proyecto.

Hay en la fórmula parlamentaria algo contra lo que yo me levanto a hablar lleno, relamente, de timidez interior; algo para lo que pido al Parlamento que no me juzgue hasta no haber escuchado enteramente mis razones; este algo se refiere al último párrafo del apartado 13 del dictamen de la Comisión, en el cual se establece que el divorcio no podrá decretarse por causa de enfermedad mental si no queda asegurada al asistencia del demente. Si yo no pudiera conseguir otra cosa, yo pediría desde ahora mismo a la Comisión parlamentaria que hiciera desaparecer la palabra demente del proyecto de ley de divorcio. Es un término que no es nada caro a los psiquiatras; significa siempre el último estadio irreversible de la evolución de una enfermedad; significa siempre la pérdida de toda esperanza clínica, y parece que el término escogido tenga una desgraciada influencia sobre la conducta de las gentes, y que en el punto en que se habla de demente, todos los esfuerzos curativos de los médicos y del medio ambiente se detienen ante la terrible sentencia, que es una losa.

Si otra cosa no pudiera conseguir, rogaría, con particular encarecimiento, a la Comisión parlamentaria que hiciera desaparecer la palabra "demente" del proyecto de ley de Divorcio, como quisiera borrarla de toda la legislación española si ella ha de inspirarse en los principios actuales de la psiquiatría. Pero es que, además, voy un poco más lejos. Quisiera conseguir que desapareciera de la formulación del artículo esta proposición de la cual el divorcio no ha de decretarse si no queda asegurada la asistencia del enfermo mental. Hay aquí para mí dos cuestiones: una cuestión de doctrinas y una cuestión de experiencia. La cuestión de doctrina es ésta. Si estamos frente al único apartado en que el proyecto de ley del Divorcio se separa de la noción de culpa, si estamos frente al único momento en que el pensamiento de los legisladores va a reconocer un hecho confirmado, ¿por qué es justamente en este punto donde parecemos hacer recaer

una responsabilidad sobre el cónyuge sano y le hacemos pechar, al menos de una manera implícita, ya que la ley no lo dice, le hacemos pechar con la carga de la asistencia del enfermo? Cuando en otros momentos de la ley se ha producido un conflicto de esta naturaleza, el movimiento instintivo de la legislación ha sido muy otro.

Yo aludía aquí el otro día a la ley de Accidentes del trabajo. Decía que todos los socialistas reverenciábamos el principio de la causa porque había sido el fundamento de la indemnización por accidente del trabajo; pero cuando esto se ha escrito en la ley, el legislador, con una aguda percepción intuitiva de la realidad, no ha querido que la responsabilidad del daño causado cayera únicamente sobre aquel que no tiene ninguna culpa de él, aunque se haya beneficiado en el trabajo del que se accidentó, y ha permitido y favorecido los seguros sociales de accidentes. Evidente que la tendencia es, cuando el motivo de un hecho social cualquiera no tiene acentuación culposa, el pretender que la restauración del daño causado recaiga enteramente sobre todo el grupo social. Es más, las cosas deben ser así y el Gobierno de la República, que tanto encarna las aspiraciones de todos los que deseamos hacer una España nueva, promulgó, no hace mucho, un decreto en el que se establece, como fundamento inicial de la doctrina, que todo enfermo mental tiene derecho a la asistencia y que el Estado reconoce su obligación de garantizar esta asistencia y procurará cumplirla en adelante con los mejores medios.

Y si esto está escrito en la ley, si esto está reconocido de una manera oficial, si la doctrina es esta misma, ¿por qué en un minuto determinado nos separamos de los fundamentos lógicos de la doctrina para establecer una carga que pesará eternamente sobre aquel que no tiene culpa alguna de lo que sucede? Sé lo que vais a decir; que tampoco la tiene el enfermo mental. Pero aquí viene la segunda parte de experiencia empírica que no tiene nada que ver con la doctrina en mi argumentación. Yo os digo que asistir a un

enfermo (y perdonad que mi preparación médica asome de vez en cuando en estas razones que no quisiera de ningún modo hacer técnicas), yo os digo, señores, que asistir a un enfermo es como reñir un combate; es una función continua; es decir, es algo que no puede garantizarse en un momento ni de entonces para adelante, sino que en cada minuto de la evolución de la enfermedad la actitud que significa asistencia es enteramente distinta a lo que fue en el minuto anterior y a lo que será, verosíblemente, en el minuto posterior. Y os digo que tratando de hacer un bien al enfermo mental, en muchos casos causaréis involuntariamente un daño, porque si asegurar la asistencia se refiere, y no más, a garantizar la permanencia, por los medios económicos adecuados, del enfermo en un sanatorio, yo os digo que un enfermo que tiene vitaliciamente asignada una pensión en un sanatorio, es muy verosímil que no salga del sanatorio tantas veces y por tanto tiempo como podría requerir su estado mental. Yo me hago cargo de la gravedad de las palabras que pronuncio, si ellas supusieran de mi parte una acusación de incompetencia; pero lo que digo es que, dentro de nuestros propios criterios científicos, el conocimiento frío y objetivo de la verdad es cada vez más sustituido por un contacto callado y sentimental, lo que los alemanes han llamado la penetración afectiva, algo que no puede sustituir de ninguna manera el conocimiento científico de los problemas; y esta penetración afectiva no puede estar más que a cargo de aquél que está con el sentimiento ligado al enfermo; y por eso, un jefe de sanatorio, cualquiera que sea la honradez estricta con que cumpla con su deber, puede muchas veces no darse cuenta de una situación que se favorecería con una salida del enfermo; y no habiendo la razón esencial de que alguien vigile la marcha de las cosas, podremos llegar a causar un daño en vez de causar un bien. En definitiva, señores de la Comisión parlamentaria, por lo menos, borrar del apartado la palabra demente; que no figure en ninguna parte de la ley.

Yo os pediría también que desapareciera además todo



el resto del apartado y tengo para ello la razón doctrinal de que, por primera vez, nos atrevemos frente al principio de la causa y, no obstante, gravamos como si hubiera principio de culpa; la razón doctrinal es de que en el resto de las leyes siempre que se produce este hecho el Estado reconoce que la obligación cumple a todos y esa declaración se ha hecho explícitamente por el Estado de la República Española asegurando que el enfermo mental tiene derecho a la asistencia y que el Estado se encarga de originarla para lo futuro; y de una manera práctica y empírica os digo que la asistencia de un enfermo no la consideréis asegurada con asignarle una renta vitalicia que garantice su permanencia en un sanatorio, porque una asistencia es una cosa movida, de lucha, de contacto diario, que en cada minuto reclama posiciones diferentes y esto no se hace más que a través de un amplio y profundo contacto sentimental. Este mi primer reparo. Y ahora otro menos substancial, para mí menos importante.

Habéis formulado el divorcio como causa de enfermedad mental mediante un giro que es realmente afortunado. Creo haber leído hace tiempo, en mis mocedades, cuando estudiaba elementos de Derecho que las leyes se interpretan de una manera etimológica, de una manera lógica, de una manera histórica y de una manera doctrinal. Es posible que la interpretación legal hecha por todos estos instrumentos no encontrara defecto grave en vuestra formulación; pero yo, como médico, como hombre que me voy a encontrar mañana frente a un juez que me dirija una pregunta, tengo que deciros mi salvedad; y si a mí el juez me pregunta si la enajenación mental impide la convivencia espiritual de los cónyuges, yo me veré muy apurado para responderle; muy apurado, porque la convivencia espiritual es una noción que a mí, médico, me escapa. Yo quisiera pedir os que este problema le formulaseis en un terreno de más realidad, más pragmático; yo quisiera pedir os una formulación pragmática de esa falta de convivencia espiritual, porque -vuelvo a decirlo- si el juez me pregunta si hay o no convivencia espiritual entre los cónyuges, no podría

contestarle; pero si me pregunta si la conducta del enfermo puede perjudicar a los intereses mutuos o de la prole, a eso podría contestarle con toda claridad, con toda firmeza y con toda serenidad. Se trata, pues, ya lo veis, de un leve reparo que casi no existiría si quedasen vivas las palabras vuestras, para que todos veamos claro el espíritu de la ley. Yo, en aras de esa misma claridad, os pediría que trasplanteis la formulación de la enajenación mental, como causa del divorcio, del terreno de la convivencia espiritual, abstracto y subjetivo, al terreno de la conducta objetivo y concreto, y de este modo las acciones periciales podrán ajustarse, en conciencia, al cumplimiento de un verdadero deber. Y nada más quiero deciros, señores de la Comisión.

Si es legítimo alguna vez en el Parlamento que quien interviene con ánimo de reforma acabe sus palabras con un elogio, yo quiero hacerle de una manera calurosa. Es evidente que esta formulación de las enfermedades mentales como causa de divorcio alcanza, alcanzará en nuestra ley, una plena madurez de exposición, a mi entender, infinitamente superior al resto de las formulaciones de divorcio por causa de enfermedades mentales. Habéis rehuido el problema que pesaba sobre el espíritu de todos los legistas, sobre el fundamento del Código civil alemán. Para nosotros los psiquiatras era casi inadmisibile que la duración de una enfermedad fuese motivo de divorcio, porque un enfermo mental puede hacerse incompatible en un quinto de segundo con la vida familiar, y otras enfermedades mentales pueden ser definitivamente compatibles con la vida familiar. Habéis rehuido el gravísimo problema de la remisión. No os importe; habeis hecho bien. Vosotros decís, en términos clarísimos, que cuando no se pueda garantizar la total reanudación de la convivencia familiar, la enfermedad mental sea causa de divorcio. Habéis soslayado, repito, este gravísimo inconveniente; creo que habéis hecho una obra que merecerá el aplauso de los psiquiatras y de los legisladores, y si me he permitido hacer estas observaciones en estos instantes es porque no quiero que el día de mañana pudiera

pedírsenos cuenta de las palabras que hemos usado para buscar el derecho de los demás (Aplausos)".

Para sostener el criterio de la Comisión en contra de la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús, interviene en la discusión de la misma el Sr. Fernández Clérigo que, en su exposición, sigue un orden de argumentación inverso al seguido por el Sr. Sanchís Banús en su discurso en defensa de la enmienda por él suscrita: En cuanto a la sustitución de la formulación de la enajenación mental, como causa de divorcio, del terreno de la "convivencia espiritual" al terreno de la "conducta", entiende el Sr. Fernández Clérigo que al hablar de "convivencia espiritual" se expresa de un modo suficiente todo aquel conjunto de circunstancias que en la comunidad, que en la convivencia durante el tracto de la vida, podían representar aquellos obstáculos en daño de la prole o en daño del bien común, siendo ese concepto de "perturbación de la convivencia espiritual" de apreciación judicial, no pericial, pues a los peritos corresponde ofrecer al juzgador aquellos datos que la experiencia, juntamente con la ciencia, les pueda proporcionar; en cuanto a la eliminación de aquella previsión de aseguramiento de la asistencia del enajenado como requisito previo para la declaración del divorcio, si bien existe ese decreto del que habla el Sr. Sanchís Banús, señala el Sr. Fernández Clérigo que el mismo se limita a decir que se procurará esa asistencia, sabiéndose la diferencia que media entre lo que el Estado procura y lo que el Estado generalmente logra, y si bien aquí no nos hallamos ante un problema de culpa, lo menos que habría sería un derecho de alimentos ante la imposibilidad del enajenado para ganar lo más necesario para el sustento y para la defensa personal de la salud; y, finalmente, en cuanto a la sustitución de la última palabra del último párrafo de la causa discutida, expresa el Sr. Fernández Clérigo que la Comisión no tiene inconveniente alguno en ello:

"SR. FERNANDEZ CLERIGO: Sres. Diputados, pocas veces es más difícil mi situación que en los momentos presentes. Completa-

mente lego en psiquiatría, me toca, por desdicha, en estos momentos, aunque constituye para mí un verdadero honor, el combatir con uno de los más altos prestigios de esta ciencia, y, por consiguiente, yo, al sostener aquí con toda moderación, el criterio de la Comisión, no puedo hacer tampoco como coto cerrado de este criterio, porque son tales y de tal peso, expuestas con tanta elocuencia, las razones que en pro de la enmienda ha esgrimido el ilustre doctor Sr. Sanchís Banús, que fuera en verdad temerario encerrarnos completamente a la banda y mantener aquí con criterio absolutamente opuesto frente a la posición que él ha adoptado.

Yo voy a seguir un orden completamente inverso al que ha seguido el Sr. Sanchís Banús, y voy a comenzar por estudiar aquella sustitución que al principio formulaba de las frases de "convivencia espiritual" por la palabra "acuerdo", y que ahora parece que, in voce, empleando aquí una frase eminentemente jurídica, modifica él, en estos momentos, sustituyendo la palabra "acuerdo" por la palabra "conducta"; es decir, cuando la "conducta" del enajenado mentalmente provoque tal y tan graves perturbaciones en la familia, que traiga daño notorio para el interés del bien mutuo o de la prole. ¿Para qué argumentar sobre la palabra "acuerdo" si el propio Sr. Sanchís Banús, que tanto medita todas las frases que va a pronunciar y, sobre todo, que tanto pesa aquella que se van a estampar en una ley de la importancia de la que ahora estamos discutiendo, ha reconocido que el "acuerdo", como cruce instantáneo o coincidencia de voluntades en un punto concreto, era absolutamente insuficiente para demostrar un estado constante de perturbación familiar que pudiera traducirse en un grave daño para los intereses mutuos de la sociedad conyugal o de los intereses de la prole?

Pero nosotros, sin enamoramiento ninguno de la legislación extranjera; sin haber pretendido trasplantar ni traducir, siquiera con exactitud absoluta, aquellas palabras del Código civil alemán a que él se refería, y que parece que, consigna-

das en el artículo 1569, tendrán su traducción literal por "comunidad intelectual", hemos hablado aquí de "convivencia espiritual" porque nos parecía que en un sentido lato, en un sentido amplio, con una densidad jurídica suficiente, aquí se expresaba de un modo bastante todo aquel conjunto de circunstancias que en la comunidad, que en la convivencia, durante el tracto de la vida, podían representar aquellos obstáculos en daño de la prole o en daño del bien común. Pero el Sr. Sanchís Banús argumenta colocándose -es natural, y yo no tengo porqué disculparlo, porque no veo en ello asomo siquiera de culpa- en su posición de perito, y dice que para los peritos será muy difícil informar acerca de un punto tan complejo.

Yo me voy a permitir advertir con todo respeto al ilustre doctor Sanchís Banús que nosotros no vamos a legislar exclusivamente para la posición de los peritos; que los peritos darán los datos que la experiencia, juntamente con la ciencia, les pueda proporcionar, y se los ofrecerán al juez, y el juez, del conjunto de las pruebas (no solo de la pericial sino de las demás que puedan practicarse admitidas en Derecho) será el que deducirá sintéticamente ese concepto de perturbación de la convivencia espiritual, que es de apreciación judicial y que de ninguna manera ha de estar referido al juicio particular de los peritos. En esto creo que podré tranquilizar al Sr. Sanchís Banús, porque por mucha que sea la competencia del perito, el perito no está revestido de la autoridad de juzgar; el juicio no es del perito, el juicio es de los Tribunales que hayan de decidir, en suma, sobre la causa de divorcio.

Esta es la razón que a mí se me ocurre oponer, en nombre de la Comisión, a los razonamientos del Sr. Sanchís Banús. Yo no tuve la fortuna de concurrir a la Comisión Jurídica asesora cuando la ilustró con sus profundos conocimientos de psiquiatría el Sr. Sanchís Banús; pero seguramente que con más elocuencia que yo, y con mayor conocimiento, podrá

ilustrarnos sobre este punto (y yo se lo agradecería sobremedera) el entonces presidente de la Comisión jurídica asesora, Sr. Sánchez Román, que nos escucha.

Voy a la segunda parte de la enmienda, aquella que propugna la supresión del último párrafo. Ya llegaremos, como colofón, a la última palabra del último párrafo. Ya se solicita por el Sr. Sanchís Banús que se elimine aquella previsión de aseguramiento de la asistencia del enajenado -ya ve que yo no utilizo la palabra demente-, de la asistencia del enajenado como requisito previo para la declaración del divorcio. Y aquí nos argumenta el Sr. Sanchís Banús partiendo del principio de la culpa, cuando precisamente esta es la única causa que se halla extramuros de ese principio de la culpabilidad; y nos dice: "Si no es culpable el otro cónyuge, ¿por qué va a sufragar los gastos que represente la asistencia del enajenado? ¿Por qué ha de ser requisito previo para la declaración del divorcio el que esté asegurada esta asistencia?". Es, Sr. Sanchís Banús, que aquí no nos hallamos ante un problema de culpa; aquí nos hallamos ante un problema quizá más amplio, más humano, más grande: ante un problema que tiene un hondo, un profundo calor de humanidad, de respeto a la humanidad desgraciada; y esto es indispensable ampararlo en la legislación. Porque es verdad que existe el decreto, no sé si elevado a ley, a que últimamente hacía referencia el Sr. Sanchís Banús; pero no es menos verdad que se limita a decir que se procurará esa asistencia; y entre lo que el Estado procura y lo que el Estado generalmente logra, sabe el Sr. Sanchís Banús la enorme diferencia que media, y entretanto, por esa laguna de desdicha, no vamos a dejar navegando tristemente, sin amparo ninguno, a los pobres desgraciados que han perdido la facultad de pensar y discurrir normalmente.

Además, yo voy a argumentar con algun sencillo ejemplo al Sr. Sanchís Banús, aunque no soy muy partidario de la exposición de ejemplos, porque dentro de la costumbre actual de argumentación no es el ejemplo la más admitida. Pero puede

ocurrir fácilmente que una mujer contraiga matrimonio con un hombre de buena posición social, que la mantenga con toda la holgura, y a veces con el lujo que la posición económica y social del marido permita; pierde la razón después la mujer, carece absolutamente de bienes, el marido solicita el divorcio y después de haberse divorciado entrega a la pobre mujer, carente de razón, a las solicitudes de la asistencia pública. ¿Le parece completamente justo ese principio al Sr. Sanchís Banús? Yo, por mi parte, no estoy conforme con ese criterio. Igual puede ocurrir con un hombre que se haya afanado trabajando, tenga la mujer buena posición y él, con las rentas y con el esfuerzo personal, haya conseguido mantener la familia en un pie de gran holgura, pierde la razón y va también a la asistencia pública. Pero, además, ¿no existe siempre un deber de alimentos que se dan al cónyuge inocente?. ¿No existe siempre en favor del cónyuge inocente una deuda alimenticia? Si aquí no hay culpabilidad, lo menos que habría sería un derecho de alimentos ante la imposibilidad, y como aquí, realmente, se da el caso de mayor imposibilidad para ganar lo mas elemental, lo más necesario para el sustento y para la defensa personal de la salud, estamos en este supuesto de los alimentos. Claro es que esto sustituiría a la deuda alimenticia.

Finalmente, Sr. Sanchís Banús, la Comisión no tiene inconveniente alguno en admitir la sustitución de la última palabra. ¿Le parece que es muy poco lo que la Comisión ofrece? Yo sé que el Sr. Sanchís Banús tiene merecimiento para conseguir mucho mas, pero no está en la medida de la Comisión el conceder lo que el Sr. Sanchís Banús solicita. Ahora, al modificar este punto, como nosotros no somos técnicos en esta materia, me permitiría rogar al Sr. Sanchís Banús que, para completar su buena obra, nos facilitara la palabra técnica que a él le parezca más adecuada para ponerla por colofón al texto del artículo que discutimos. Es cuanto tengo que manifestar al Sr. Sanchís Banús, sintiendo que, por mis condiciones de inferioridad, la réplica no haya estado a la altura del alegato".

Como presidente de la Comisión Jurídica Asesora, interviene, a ruego del Sr. Fernández Clérigo, en la discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús, el Sr. Sánchez Román que señala los sistemas que podía haber seguido la Comisión Jurídica Asesora sobre la fórmula a seguir para definir la causa de divorcio objeto de discusión, la del Código civil alemán en el que el juez examina, a la vista del dictamen facultativo sobre la enfermedad y sus cualidades, si es posible o no la convivencia espiritual (629), teniendo en cuenta pero no seguido por la Comisión Jurídica Asesora, pues, de haberlo seguido, habría tenido que poner la causa de divorcio por enfermedad mental descansando sobre la incompatibilidad de esa enfermedad mental hacia la comunidad intelectual y no hacia la convivencia espiritual como la puso, o la del Código civil suizo, sistema que pone la eficacia de esta causa de divorcio en la razón de apreciar cuándo en buenos términos de normalidad humana al cónyuge sano se le hace insoportable la vida en común y debe ser liberado de una situación insoportable y en el que, por tanto, recibido por el juez el informe pericial sobre la enfermedad mental y sus cualidades juzgará si el cónyuge sano debe o no ser obligado a continuar en la vida matrimonial, sistemas ambos que ofrece la experiencia jurídica de espaldas al criterio médico propuesto por el Sr. Sanchís Banús en la enmienda suscrita por el mismo; lo propuesto en el dictamen de la Comisión, dice el Sr. Sánchez Román, es un sistema intermedio que ni llega a la exigencia de que sea causa de divorcio la enfermedad mental cuando haya producido la "muerte intelectual" del enfermo, ni llega tampoco a dejar al juez que interprete en cada caso si el cónyuge sano, dadas las circunstancias del hecho, debe o no soportar la persistencia del vínculo del matrimonio, más, en todos estos sistemas se pide al médico su aportación legítima, o sea, la ilustración pericial, pero nunca la decisión del caso concreto, que corresponde, en todo caso, al juez que decidirá, no sobre una cuestión médica, sino sobre una cuestión social y humana, en la que, no cabe duda, colaborará de una manera indispensable el perito médico, y, por consiguiente, son competencias distintas, la competencia del médico para el diagnóstico



de la enfermedad, asegurar su existencia y expresar sus cualidades, incluso la de peligrosidad y otras afines, y la competencia judicial para definir, en vista del hecho, si debe o no decretarse el divorcio por causa de enajenación mental admitida dentro de la ley con una dirección determinada. En cuanto a la desaparición de la formulación de esta causa de la proposición a virtud de la cual el divorcio no ha de decretarse si no queda asegurada la asistencia del enfermo mental, entiende el Sr. Sánchez Román que el sentido de la ley no es sino el de una preocupación, una previsión, nunca un obstáculo para que el cónyuge sano desprovisto de bienes se vea imposibilitado de pedir el divorcio porque no pueda asegurar previamente la asistencia del cónyuge enfermo mental, que debe ser una función del Estado, mostrándose igualmente el Sr. Sánchez Román partidario de la supresión de la palabra "demente" del texto del dictamen:

"SR. SANCHEZ ROMAN: Sres. Diputados, realmente esta causa del artículo que estamos examinando es la causa más delicada, la más difícil de formular, según reglas o normas de divorcio en cualquiera de los sistemas legislativos. En esta causa es donde se da con mayor empeño la discrepancia del punto de vista técnico y del punto de vista jurista. El médico y el juez en este asunto no obedecen a métodos de razonamiento ni de conclusión semejantes, ni a veces parecidos.

La Comisión vaciló mucho sobre la fórmula según la cual podría definir esta causa de divorcio dando las garantías indispensables para llegar al acierto. Tuvo muy presente, como recordaba el Sr. Sanchís Banús, el texto del Código Civil alemán, pero sabe perfectamente el Sr. Sanchís Banús que este texto no fue seguido por la Comisión; si lo hubiese seguido habría tenido que poner la causa de divorcio por enfermedad mental, descansando sobre la incompatibilidad de esa enfermedad mental hacia la comunidad intelectual y no hacia la convivencia espiritual, como la puso. Podía haber tenido en cuenta también la Comisión otro sistema, sobre el cual voy a permitirme llamar la atención de los Sres.

Diputados: es un sistema que pone la eficacia de esta causa de divorcio en otra razón distinta, en la razón de apreciar cuándo en buenos términos de normalidad humana al cónyuge sano se le hace insoportable la vida en común y debe ser liberado de una situación insoportable. Entre estas dos posiciones está la cuestión. Donde yo no creo que pueda estar, dicho sea con todo el respeto que a mí me merece la opinión del Sr. Sanchís Banús, es donde él ha propuesto que se coloque. Y voy a ver si en muy pocas palabras puedo expresar en esta materia tan confusa, tan sutil, cuál es el mejor criterio legislativo para resolver una causa como la de enfermedad mental, en que recibe toda la información el juez, del médico; pero en la que, en definitiva, quien tiene que pronunciar el fallo con arreglo a espíritu de una serie de exigencias sociales y personales es el juez y no el médico.

Nos decía el Sr. Sanchís Banús: imposible para un alienista decir cuándo la enfermedad mental rompe o hace imposible la convivencia espiritual. cuando él lo dice, para mí ya esto es indiscutible. Será, en efecto, imposible que el alienista pueda decir cuándo la comunidad espiritual o la convivencia espiritual está rota por un motivo de enfermedad mental. Pero es que eso no se le ha de preguntar al médico para que éste resuelva. Al médico, en tales casos de divorcio, se le preguntan ciertas cosas, que son: primero, si uno de los cónyuges es enfermo mental, y eso lo dice con plena competencia el médico alienista; segundo, si esta enfermedad es de tal naturaleza que racionalmente debe presumirse que será imposible restablecer un estado de relativa normalidad, y tercero, cuáles son las manifestaciones previsibles y los peligros probables de la enfermedad. Esto también se le pregunta al médico, y el médico diría, en cuanto sus medios técnicos se lo permitan, si esa enfermedad mental es una enfermedad de tipo permanente o si tiene esperanza de una rectificación, así como la peligrosidad que encierra. Y cuando ya el médico ha contestado sobre esos extremos, es el juez quien aprecia en interpretación humana de la vida, no en interpretación

médica del enfermo, si esa convivencia espiritual del matrimonio es posible o no, a pesar de la enfermedad mental de que se trate. De ahí que la experiencia jurídica, apartándose del criterio médico, ofrezca dos sistemas, que legislativamente son los mas perfectos y ambos están completamente de espaldas a la sugerencia médica del Sr. Sanchíz Banús: el Código alemán que dice que el juez examinará si esa convivencia espiritual es posible o no, a la vista del dictamen facultativo sobre la enfermedad y sus cualidades; pero el juicio de si la convivencia o la comunidad espiritual se sostiene o no, eso es, en definitiva, un fallo del juez; y el otro sistema, Código suizo, en que el juez, recibido el informe pericial sobre la enfermedad mental y las cualidades de esta enfermedad mental, va a juzgar, no de la enfermedad mental, sino de este otro problema completamente distinto, a saber: si, dados esos supuestos, el cónyuge sano debe o no ser obligado a continuar en la vida matrimonial, esto es, si la unión matrimonial es o no soportable. Y este no es nunca un juicio pericial médico, sino que es un juicio de interpretación humana y jurídica.

Por consiguiente, yo le digo al Sr. Sanchíz Banús: no habría inconveniente en aceptar, o el sistema del Código alemán o el sistema del Código civil suizo. Yo simpatizo más con el segundo que con el primero, y lo propuesto en el dictamen de la Comisión es, realmente, un sistema intermedio que ni llega a la exigencia de que sea causa de divorcio la enfermedad mental cuando haya producido la "muerte intelectual" (en paridad o equivalencia de la muerte física) del enfermo, ni llega tampoco a la posición del código suizo, en el que se dice: será el juez el que interprete en cada caso si el cónyuge sano, dadas las circunstancias del hecho, debe o no soportar la persistencia del vínculo del matrimonio. Y esto el Sr. Sanchíz Banús no le costaría gran trabajo reconocer conmigo que no es un oficio de absoluta definición del médico, sino una operación en la que el médico aporta materiales al conocimiento humano del juez, para que el juez

decida no sobre una cuestión médica, sino sobre una cuestión social y humana, en la que el perito médico, el alienista, colaborará de una manera indispensable, insustituible, pero sin llegar a ser nunca el que decida de manera autorizada si un determinado matrimonio debe substituir o no.

Con este emplazamiento yo creo que las dificultades médicas, que para mí son, naturalmente, dogmáticas (basta que las haya planteado el Sr. Sanchís Banús para que no las dude un solo instante...) (El Sr. Sanchís Banús: Prefiero que S.S. las acepte, aunque no las plantee yo) Pero es que planteándolas S.S. yo las reconozco con un aplomo que fuera audacia verdaderamente imperdonable si lo hiciera de propia cuenta. De modo que basta para mí el dictamen médico del Sr. Sanchís Banús para comprender que si los jueces de divorcio fueran los alienistas, habría que darles la norma de la ley de otra manera; probablemente no habría que darles ninguna, habría que decirles: "cuando te parezca que los cónyuges por enfermedad mental de uno, están en situación de no constituir un matrimonio desde el punto de vista médico, disuelve el vínculo". Pero esto no es el pensamiento de la ley de divorcio en una organización social del espíritu del matrimonio. Al médico se le trae para que informe sobre aquellos datos de hecho que están dentro de su competencia, que son la enfermedad y las cualidades de esa enfermedad; pero la valoración jurídica, legal, de la enfermedad, a los efectos de que el matrimonio se disuelva o no, es función privativa del juez, aplicando la ley.

¿Qué tendrá que ver, por ejemplo, -y voy a seguir este camino para plantear el problema del Sr. Sanchís Banús, que sé que va a reaccionar en términos absolutamente contrarios a como se resuelve en general-, que tendrá que ver, digo, con la cuestión médica el siguiente caso, resuelto por la jurisprudencia extranjera? Se trata de una enfermedad mental por hiperestesia y celosía agudas (el Sr. Sanchís Banús sabrá si vales estas calificaciones, que yo no me meto

en eso), pero cuya enfermedad está agudizada, acaso fomentada y no sé si puede decirse que producida, por una conducta sistemáticamente desleal del marido. Viene el marido a pedir el divorcio a los tribunales; informan los médicos y dicen: "efectivamente, esta señora es una enferma mental; efectivamente, también, esta situación de la enferma puede ser incompatible con la subsistencia del matrimonio".

Pero los Tribunales no decretan el divorcio, porque el marido, que lo solicita, tiene una participación de culpa notoria en la causa, tono o grado de esa enfermedad. Ahora bien, en este caso, amparándose en dictados de los alienistas, que deberían ser, yo supongo, tan respetables y competentes como nuestros alienistas españoles, que figuran sin duda, a la cabeza de los intelectuales médicos, habría sido inopinable el fallo de divorcio. Y, sin embargo, los Tribunales alemanes dijeron: "como se apreciaba un motivo de culpa por parte del cónyuge que solicita el divorcio, en cuanto él colaboró con su conducta a la creación del mal, no se acuerda ese divorcio". ¿Tendrá esto algo que ver con la Medicina? Evidentemente, no. Un médico no preguntará qué participación tiene la conducta del cónyuge sano en la creación y situación de esa enfermedad mental. Un médico verá la enfermedad, el choque producido en la vida del matrimonio, y decretará tranquilamente el divorcio. Pues bien, para huir de este peligro de llevar al médico a la función de juez, convirtiendo a aquél en órgano de aplicación de la ley, es por lo que estos sistemas han pedido a los médicos su aportación legítima, esto es, la ilustración pericial, y nunca la decisión del caso concreto, en el cual hay que medir muchos problemas del fuero individual, de la felicidad particular de los cónyuges, pero también grandes motivos de situación social, de conservación de instituciones que no pueden quedar a espaldas de la ley precisamente, porque es esencial misión de ésta el ejercicio de una ordenación de intereses humanos, individuales y colectivos.

Y quizás con estas observaciones yo responda, en parte, a la petición urgente, apremiante, que tiene, por otro lado, todas mis simpatías, de que se suprima aquella condición, según la cual el cónyuge sano deberá, para pedir el divorcio, asegurar la asistencia del cónyuge enfermo mental. Yo simpatizo, en absoluto, con la tesis del Sr. Sanchís Banús. La asistencia del enfermo mental debe ser una función del Estado de las que mejor se cumplan, aunque no sé si en la organización administrativa de estas funciones estamos a la hora actual tan a punto que podamos prescindir en absoluto de esa precaución, una previsión, nunca un obstáculo, para que el cónyuge sano que sea persona desprovista de toda situación económica, se vea imposibilitado de pedir el divorcio por que no pueda asegurar previamente la asistencia del cónyuge enfermo. Hasta eso no llegaría nunca el sentido de esa disposición de la ley.

Y por último, -¡qué duda tiene!- que la palabra "demente", que la técnica condona, es una palabra que puede suprimirse, sin olvidar, naturalmente, que, al empezar por suprimirla en esta ley de divorcio, tendríamos que registrar bien el dato para suprimirla en otra serie de leyes donde también se ha empleado.

Para concluir, yo rogaría a la Cámara, y especialmente a la Comisión, que es quien nos guía, que al apreciar esta causa de divorcio de enajenación mental no olvide que en ella hay dos competencias: la competencia médica para el diagnóstico de la enfermedad, asegurar su existencia y expresar sus cualidades, incluso la de peligrosidad y otras afines; pero hay otra competencia, la judicial, para definir, en vista del hecho, si debe o no decretarse el divorcio por causa de enajenación mental admitida dentro de la ley, eso sí, con una dirección determinada. Con esto termino las indicaciones, diciendo al Sr. Sanchís Banús que desde que empezamos nuestras conversaciones sobre este punto en la Comisión jurídica asesora, dentro de la cual conté con su valiosísima

colaboración, siempre he estado preocupado de seguir todas sus sugerencias, porque las reconozco una autoridad superlativa, que nace de su competencia científica desde luego, pero, además, de su gran talento personal, del que nos está dando pruebas constantes, y en la tarde de hoy, una de más lucidez y brillo (Aplausos)".

En turno de rectificación toma la palabra de nuevo el Sr. Sanchís Banús, que señala no haber sido su intención arrancar de las manos de la toga judicial la sacrosanta función de aplicar el Derecho, sino simplemente facilitar un material digno al juez para elaborar en estos casos de enfermedad mental su fallo, pues lo que se le pide al perito en la mayor parte de los casos no es, dice el Sr. Sanchís Banús, un mero diagnóstico de la enfermedad mental, sino además la aplicación del diagnóstico al caso concreto que se ventila:

"SR. SANCHIS BANUS: Tengo, señores, no sé si el defecto o la ventaja de creer sinceramente en todas mis actitudes, y cuando fuera de aquí oigo, a veces, que gentes dotadas de mala intención dirigen a este Parlamento las sátiras más duras, siempre reacciono con violencia; pero después de la reunión de hoy, mi violencia estará doblemente justificada. Si el Parlamento es algo, es la síntesis de la vida española; si en el Parlamento se debate algo con visos de realidad, ha de ser lo que lata en el fondo de la vida española, y hoy, el Sr. Fernández Clérigo, de una parte, y el Sr. Sánchez Roman, de otra, han acentuado un problema que está tan vivo en la conciencia nacional, urge tanto a las gentes que piensan que realmente me suministra una contraprueba de la tranquila confianza que se puede tener en la obra de este parlamento cuando de este modo sage recoger y subrayar los latidos del pensamiento español.

En efecto, nos hemos encontrado en presencia de un problema tradicional; no es la primera vez que yo tropiezo con él. La argumentación crucial del Sr. Fernández Clérigo,

la argumentación crucial del ilustre jurisconsulto Sr. Sánchez Román radicaba en esto: "Guarda ahí -me decían-. Tú médico, ¿quién eres para juzgar si se debe o no se debe divorciar? ¡Es el juez quien lo dirá!". Y yo declaro aquí, de una manera explícita, mi máximo respeto, mi máximo acatamiento a la autoridad judicial. No he pretendido de ninguna manera arrancar de las manos de la toga judicial la sacrosanta función de aplicar el Derecho. ¿Cómo voy yo a pretender, médico, interpretar el Derecho desde un punto de vista biológico, si vosotros, juristas, cuando hacéis una ley llena de casos no tenéis más remedio que inventar el jurado para dar precisamente esa masa amorfa, ese tono de humanidad vivida, enteramente ajenos a los conceptos concretos de las leyes? No tengo esa pretensión; pero sí he dicho o he querido decir que cuando se establezca el divorcio por causa de enfermedad mental, no el único, señores juristas pero el más importante fundamento de la decisión judicial, será el dictámen médico, y lo que os he pedido no es que deis al médico la capacidad para resolver el problema, sino que le coloquéis en condiciones de poderos ofrecer un material digno para elaborar vuestros fallos.

Me decía mi ilustre compañero de representación parlamentaria, Sr. Sánchez Román: "El médico resolvería en seguida las cuestiones".

No digo yo que no ni que sí. El médico no puede dejar de ser hombre; también aprecia el valor humano en los problemas legales; pero, en cambio, su adujéramos en casuística, yo he vivido esta experiencia, Sres. diputados; yo he sido llamado de urgencia a un hogar lejano de Madrid, en donde un brote psicótico agudo en la mujer había sido seguido inmediatamente, con cortas horas de diferencia, de un tipo de perturbación mental sugerido en el marido. La mujer, una delirante alucinada, aseguraba que ciertas gentes, que determinadas personas rodeaban la casa con una intención agresiva, y el marido, hombre de espíritu profundo, pero de una sentimen



lidad verdaderamente hipertrófica, había sido aprisionado en su personalidad a través de esa parte sentimental, y si en la primera media hora estuvo declarando que aquella era noción completamente absurda, que eran afirmaciones absolutamente falsas, a las dos horas de haber escuchado a su mujer estaba completamente seguro de que la casa se hallaba rodeada de enemigos armados de escopetas que deseaban asesinarlos. ¿Hay o no hay aquí convivencia espiritual? Yo declaro que no quiero hacer argumento de un caso (no el único, otro he vivido), porque la ley no se hace para casos; la ley se hace para problemas, para grupos generales de cosas. No quiero pues, hacer argumento de él, pero planteo esta cuestión.

En cuanto a que el dictamen médico se detenga concretamente en el hecho del diagnóstico de la enfermedad mental, bien saben mis ilustres compañeros de representación parlamentaria que la mayor parte de las veces el juez no le pide al médico un diagnóstico, le pide un diagnóstico y además la aplicación del diagnóstico al caso concreto que se ventila. Es decir, que si estamos frente a un problema de capacidad civil, ¿quién será el juez que se contenta con que un médico le diga en el dictamen que el enfermo padece una paranoia? Evidentemente habrá de preguntarle qué cosa es la paranoia y en qué medida influye la paranoia sobre aquella cosa sutil y de apreciación puramente judicial que se llama de capacidad civil. Y hablo igual de la responsabilidad y diría lo mismo del divorcio. No se pide nunca al médico limpiamente un diagnóstico, ni se le puede pedir, porque entonces no sería el perito. El perito ha de ilustrar la acción de la justicia, y el juez le pide diagnóstico y, además, le pregunta hasta qué punto su verdad científica concreta tiene una aplicación a las actividades corrientes de la vida.

Por consiguiente, vuelvo a decir que no llevo la pretensión de atropellar el sacrosanto fuero de la acción judicial; sé cual es el modesto papel que me cumple como perito en servicio de la Justicia, que me parece en todas partes la

función más elevada y la más exquisitamente denotadora del grado de diferenciación social de una organización. Por tanto, nadie vea el asomo de un segundo pensamiento en mis palabras. Vuelvo a decirlo: creo que todo hombre está, ante todo, obligado a servir a la Justicia y después a lo demás, y en ese sentido insisto en mi punto de vista. No quise quitar una función al juez, quise pedirlos que nos facilitarais la ayuda que se nos va a pedir el día de mañana.

En cuanto a lo demás, mis argumentos, no tengo por qué repetir, interiormente no los siento invalidados; y termino reiterando el testimonio de mi gratitud a los Sres. Fernández Clérigo y Sánchez Román, que tanto me han honrado con sus argumentaciones (Aplausos en la minoría socialista)".

En este punto de la discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús, interviene, como presidente de la Comisión permanente de Justicia, el Sr. Salazar Alonso para señalar que la Comisión, por mayoría de votos, por haber algunos señores Diputados que la componen que mantienen su punto de vista, recogiendo la enmienda del Sr. Sanchís Banús, después de las palabras aquí pronunciadas por el autor de dicha enmienda, propone la siguiente redacción de esta causa de divorcio:

"13. La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando los actos del enfermo ocasionen grave daño para los intereses de la prole o del bien mutuo, siempre que exista presunción fundada de que ha de persistir indefinidamente".

En cuanto a la supresión del último párrafo, señala igualmente el Sr. Salazar Alonso que la Comisión, que está también dividida, por mayoría de votos acuerda su supresión (630): Dada la nueva redacción acordada por mayoría de la Comisión de esta causa de divorcio, recogiendo la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús, los Sres. Fernández Clérigo, Gomáriz, y Del Río, todos ellos miembros de la Comisión permanente de Justicia, reproducen como voto particular a la nueva redacción

de ésta causa la primitiva redacción del dictamen, voto particular que es aceptado por la Cámara en votación ordinaria por 77 votos contra 57 (631). A pesar de esta votación, el Sr. Salazar Alonso ruega a la Presidencia y a la Cámara se pronuncie acerca de si se acepta o no la sustitución de la palabra "demente", última palabra del segundo párrafo del texto del dictamen, por la de "enfermo", sustitución que no ofreció discrepancia alguna en la discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Sanchís Banús: Hecha por el Sr. Presidente la oportuna pregunta, quedó sin más aceptada esta sustitución (632).

Podemos, pues, concluir el estudio de esta causa de divorcio o separación con una exposición sucinta acerca de la naturaleza jurídica y de los requisitos que han de concurrir para que la misma prospere a modo de conclusiones:

a) La causa decimotercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio es una causa de divorcio o separación "sine culpa", basada en el principio de "discrepancia objetiva".

b) Son requisitos que han de concurrir para que prospere esta causa de divorcio o separación:

1º: La enajenación mental de uno de los cónyuges.

2º: Que la enfermedad mental imputada a uno de los cónyuges sea de tal naturaleza que racionalmente deba presumirse que será imposible restablecer su estado de relativa normalidad.

3º: Que la enajenación mental de uno de los cónyuges impida la convivencia espiritual de los esposos gravemente perjudiciales para la familia.

4º: Que quede asegurada la asistencia del enfermo (633).

Todos estos requisitos, a falta de una exégesis juris-

prudencial, han de interpretarse según antecedentes legislativos que se han estudiado.

(627) Causa décimo segunda del artículo 3º del proyecto de ley de divorcio y decimotercera del artículo 3º del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de Divorcio: En ambos textos la redacción del último párrafo de esta causa es como sigue: "No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la asistencia del denente". Esta palabra se sustituirá en la redacción definitiva de esta causa por la de "enfermo".

(628) Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM. 104.

(629) "Podrá un cónyuge pedir el divorcio cuanto esté atacado el otro de una enfermedad mental que haya durado por lo menos tres años después del matrimonio, y alcanzado tal gravedad que haya desaparecido la comunidad intelectual entre los esposos y no haya esperanza alguna de restablecimiento": Artículo 1569 del Código Civil de Alemania promulgado en 18 de Agosto de 1896: Ministerio de Justicia, Comisión de Legislación Extranjera, Gráficas Equina, 1954.

(630) Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Sanchis Banús: Cfr. diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3808-3814.

(631) Voto particular de los Sres. Fernández Clérigo y Del Río, todos ellos miembros de la Comisión permanente de Justicia, por virtud del cual se reproduce la primitiva redacción del dictamen de la Comisión sobre el proyecto de ley de Divorcio, una vez acordado por mayoría de la Comisión dar nueva redacción a esta causa de divorcio o separación recogiendo la enmienda suscrita por el Sr. Sanchis Banús, voto particular que fue tomado en consideración en votación ordinaria por la Cámara, volviéndose así al texto del dictamen de la Comisión: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3814-3829.

(632) Intervención del Sr. Salazar Alonso presidente de la Comisión, para rogar a la Cámara considere o no la modificación de la palabra "demente", última palabra del segundo párrafo del texto del dictamen de la Comisión, por la de "enfermo", sustitución admitida por la Cámara: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3829.

Se discutió a continuación una enmienda del Dr. Juarros en que se proponía la siguiente redacción de la causa trece del artículo 3º de la ley de Divorcio:

"13. Toda enajenación mental no susceptible de ser curada que se oponga a la vida en familia" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105):

Leída por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM 117-, toma la palabra el Dr. Juarros para manifestar las causas fundamentales que le llevan a mantener la enmienda por él suscrita, la de creer debe darse una redacción más esquemática, más clara y más precisa de esta causa de divorcio, para lo cual, aun manteniendo el criterio de la Comisión, debería sustituirse la alusión a la "convivencia espiritual", pues "convivencia espiritual" quiere decir "acuerdo espiritual" y el acuerdo espiritual con un enfermo mental es difícil, y la desaparición de la formulación de esta causa de la proposición a virtud de la cual el divorcio no ha de decretarse si no queda asegurada la asistencia del enfermo mental:

"SR. JUARROS: Debo manifestar que la causa fundamental que me lleva a mantener esta enmienda es la de creer debe darse una redacción más esquemática, más clara y más precisa a la causa 13. Me atrevo a proponer a la Comisión que acepte la fórmula consistente en que el concepto "enfermedades incurables", que pudieran suscitar problema médicos-forense de cierta complicación, sea sustituido por éste: "enfermedades de curación lejana y problemática". De esta forma se consigue una redacción más diáfana y susceptible de interpretación científica.

Otro aspecto, no puede sostenerse la tesis de que cuando no esté asegurada la asistencia del enfermo mental se deba negar el divorcio. Ayer se mantuvieron aquí opiniones contradictorias, aduciendo ejemplos. Frente a ellos voy a exponer otro: Supongan los Sres. Diputados una mujer pobre, con marido loco. Esa mujer ha perdido el fervor sentimental necesario para convivir con el enfermo y, por carecer de recursos, se la obliga a sufrir al demente, a soportar la pobreza y a transigir con una aversión sexual incoercible.

No creo que pueda una República moderna afirmar en una ley de Divorcio la posibilidad de que existan enfermos mentales expuestos a carecer de la asistencia necesaria. El Estado tiene la obligación de garantizar ésta a toda otra clase de enfermos. En un decreto reciente del Ministerio de la gobernación así se ha afirmado respecto a los alienados.

No puede ser razón suficiente para obligar a una mujer pobre a mantener a un loco, a quien no tiene efecto, ningún efecto, tanto más cuanto que esa asistencia familiar probablemente será irrisoria y quizá perjudicial.

El enfermo mental no puede estar asistido en condiciones suficientes y satisfacer a los espíritus humanitarios, si no es con un espíritu pródigo y abundancia de recursos. Por esto sostengo la necesidad de omitir ese párrafo.

Respecto al primero, vuelvo a insistir en la necesidad de una redacción más concreta. Se afirma que "impida su convivencia espiritual". Convivencia espiritual quiere decir "acuerdo espiritual", y el acuerdo espiritual con un enfermo mental es difícil. Caracteriza a muchos enfermos mentales un aislamiento efectivo. En la esquizofrenia, la dificultad de entrar en contacto con el psiquismo del enfermo resulta imposible.

Por ello, aun acordando mantener el criterio de la Comisión, debería sustituirse el término "convivencia" porque convivir espiritual con un alienado es algo difícil de entender.

Pero si la convivencia espiritual con un enfermo autista no puede existir, púdese, a base de gran cariño y gran ternura, cuidarle esmeradamente.

De modo que por este pequeño grupo de razones me atrevo a solicitar de la Comisión que acepte esta otra redacción y que medite en la convivencia de no dejar escrito en una ley que puede haber enfermos mentales que no tengan otros medios de asistencias de los facilitados por su familia, también sin medios de subsistencia. Es preciso, pues, establecer de modo taxativo y terminante que todo enfermo mental sin recurso contará con la suficiente protección del Estado.

Estas razones, que no hago más extensas por estimarlo superfluo después de la luminosa deliberación de ayer, son las que me han llevado a defender mi enmienda".

Ambos aspectos se rebaten por el Sr. González, de la Comisión, teniendo en cuenta el criterio ya manifestado por la Cámara con ocasión de la votación del voto particular de los Sres. Fernández Clérigo, Del Río y él mismo, insistiendo en que no puede darse al juzgador un criterio de hermenéutica cerrada y rígida que dimanase de un concepto pericial; sino que, por el contrario, debe darse al juzgador un criterio amplio para que, teniendo en cuenta todas las probabilidades de juicio, pueda determinar, pueda decidir si existe esa convivencia espiritual de que aquí se habla, oponiéndose de igual modo a la supresión del último párrafo de esta causa por cuanto se dice que no se podrá decretar el divorcio sin la previa asistencia del demandante, y no que esa asistencia tenga que prestarse necesariamente por la propia familia sino que puede serlo por parte del Estado:

"... Suficientemente aclaradas las posiciones de la Cámara en el día de ayer, parece una pretensión vacua insistir sobre ello. La ausencia del Sr. Fernández Clérigo me obliga a mí, sin embargo, a puntualizar dos de los extremos del Sr. Juarros.

Ayer se mantuvo en la Cámara el criterio que ha sostenido e inspirado nuestro voto particular, de que no se puede dar al juzgador un criterio de hermenéutica cerrada y rígida que dimanase de un concepto pericial; sino que, por el contrario, debe darse al legislador, al juzgador en este caso, un criterio amplísimo para que, teniendo en cuenta todas las probabilidades de juicio, pueda determinar, pueda decidir si existe esa convivencia espiritual de que aquí se habla.

Suficientemente discutido este criterio, que abona además todo el espíritu de la ley de Divorcio, no debemos insistir en ello.

Hay una última parte, con relación a la cual yo espero que el Sr. Juarros se convenza de la razón que asiste a la actual redacción del artículo y retire su enmienda. Se habla de que no se podrá decretar el divorcio sin la previa asistencia del demente, sin que la asistencia del demente quede garantizada. Y yo le digo al Sr. Juarros que nosotros no decimos que esta asistencia sea garantizada precisamente por parte del Estado; puede serlo por parte del Estado y ese actual "procurarán las leyes" traducirse en una realidad venturosa. He aquí porqué la ley no pondrá ningún obstáculo para que resulte asistido el cónyuge demente, por el Estado o por la propia familia, y no habrá excepción alguna

que impida la concesión del divorcio. Por esto, Sr. Juarros, porque no hay causa que pueda impedir, dada la redacción de este artículo, el que si el Estado se hace cargo del demente pueda existir el divorcio, es por lo que S.S. debe retirar la enmienda.

Por lo demás S.S. y yo estamos conformes, seguramente, en que si ni el Estado ni nadie atiende a la asistencia del pobre demente, el divorcio, como causa moral, no puede existir".

En turno de rectificación, el Sr. Juarros insiste en su creencia de ser más claro y más sencillo de comprender y manejar el término "vida en familia" que el de "convivencia espiritual" susceptible de perjudiciales interpretaciones, contentándose, respecto a la otra cuestión, con que el texto deje bien claro que la asistencia del enfermo ha de estar asegurada por el Estado o por la familia para evitar interpretaciones maliciosas:

"... Agradezco al Sr. Gomariz el tono de cordialidad, y pretendo dulce, cariñosamente, ver si se da cuenta de que entre el término de "convivencia espiritual", susceptible de perjudiciales interpretaciones, y el de "vida en familia", éste resulta más sencillo de comprender y manejar.

La convivencia espiritual es más difícil de determinar que la posibilidad de vivir en familia, señor Gomariz... (Pausa), tengo mucho interés en que S.S. me oiga, porque su cara bondadosa me impele a soñar con que me será admitida esta enmienda (El Sr. Gomariz: En cara bondadosa me gana S.S.- Risas). Muchas gracias. Ambos somos bondadosos por gordos - (Nuevas risas).

Aspiro a que el Sr. Gomariz reconozca como más fácil hablar de "vida en familia" que de "convivencia espiritual". Mucha gente logra una aceptable vida en familia, por generosidad y abnegación de ambas partes, sin que pueda hablarse de convivencia espiritual.

Respecto a la otra cuestión, me contentaría con que se hiciera constar en la ley que ha de estar asegurada la asistencia del enfermo por el Estado o por la familia. ¿Por qué no decirlo con toda precisión, con el fin de que luego gentes, desprovistas del espíritu generoso que actualmente anima a la Comisión, interpreten leguleyescamente el precepto, con perjuicio de los enfermos? Admitiendo lo que propongo, las palabras "vida en familia", en vez de convivencia espiritual" y que estará asegurada la asistencia por la familia o por el Estado, no se causará perjuicio al espíritu de la ley y, sin embargo, habríanse contribuido a lograr una claridad que no existe en el dictamen".

A su vez, el Sr. Gomariz insiste en considerar que el concepto de "convivencia espiritual" es un concepto amplio a partir del cual el juez podrá determinar si existe o no esa convivencia, rogando al Sr. Juarros que retire la enmienda:

"... Voy a insistir acerca del Sr. Juarros para que retire su enmienda, comenzando por donde él terminaba. No es que las interpretaciones leguleyescas perjudiquen a los enfermos. Yo digo al Sr. Juarros que lo que buscamos son interpretaciones jurídicas; que lo que buscamos es que el juez, a través de las luminosas consideraciones que han servido para elaborar esta ley, sea quien definitivamente juzgue acerca de la existencia o no de la convivencia espiritual. Aparte de que puede vivirse en familia con sacrificio de uno de los cónyuges, del que tiene capacidad para pedir el divorcio, y puede vivirse en familia con sacrificio ostensible de los hijos. Todo es cuestión de manera de ser. La convivencia espiritual es un concepto más amplio que éste, puesto que hace referencia a una ilación de conceptos de vida espiritual, que caracterizan la vida por sí misma, que no es un momento determinado. A virtud de este concepto amplísimo, es el juez quien, después de las pruebas, dice si en realidad el demente puede o no convivir con su familia. En definitiva, la convivencia espiritual permite un margen más amplio que el de la vida en familia, porque, repito, se puede vivir en familia con sacrificio de uno de los cónyuges y no existir convivencia espiritual, y cuando se alegue esa causa de divorcio, al juez y a la sociedad a quien podrá interesar la existencia o no de esa convivencia (El Sr. Juarros: A quien debe interesar eso es al cónyuge sacrificado, no a la sociedad)".

Retirada esta enmienda por el Sr. Juarros para evitar una votación, es aprobada, sin más discusión, la causa 13 del dictamen (Discusión de la enmienda suscrita por el Dr. Juarros: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3829-3831).

A continuación es rechazada por la Cámara una enmienda suscrita por el Sr. Barriobero al artículo 3º del dictamen en que proponía se adicionara al mismo la siguiente causa de divorcio:

"13: Quedan subsistentes todas las causas de divorcio catalogadas en el artículo 105 del Código civil y no consignadas en el presente artículo" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 110, y Tomo VI, p. 3831).

Igualmente fueron rechazadas por la Cámara sendas enmiendas del señor Jaen al artículo 3º del dictamen en que proponía la adición al mismo de las siguientes causas de divorcio:

"14: La esterilidad, cuando haya transcurrido al menos un plazo de 5 años, a contar desde la celebración del matrimonio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 107 y Tomo VI, p. 3834).

"15: También podrá instarse el divorcio como medida de carácter público y social, u por el Ministerio Fiscal, privándose a los cónyuges de su condición de casados, en aquellos casos de manifiesto abandono o prostitución moral y material de los hijos. En este caso perderán los dos la patria potestad con todos sus derechos y atribuciones, pero conservando, especialmente el padre, los deberes de alimentación que le serán exigidos coactivamente" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 107, y Tomo VI, p. 3834).

(633) "... Que es evidente que la estimación por la audiencia de la causa décimotercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio, encierra un manifiesto error determinante de la notoria injusticia del fallo, pues aparecen omitidos en la prueba y en su sentencia dos de los requisitos esenciales de dicha causa, como son, el de si la enfermedad mental impugnada a la actora es de tal naturaleza que racionalmente debe presumirse que será imposible restablecer su estado de relativa normalidad, y el del aseguramiento de la asistencia de la enferma": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1821-.

7.15. "Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos. En este caso podrán pedir la separación cualquiera de los cónyuges": Causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio (634).

7.15.1. Naturaleza jurídica de esta causa de separación de personas y bienes:

La causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio es una causa "sine culpa", basada en el principio de "discrepancia objetiva", por medio de la cual se provee mediante el régimen de separación judicial los casos de grave perturbación matrimonial por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

De su naturaleza objetiva se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Esta causa de separación de personas y bienes no puede acarrear responsabilidad para ninguno de los cónyuges, dada su naturaleza objetiva: La apreciación de la causa tercera del artículo 36 de la Ley de divorcio impone, pues, la declaración de inculpabilidad de ambos cónyuges (635); de ahí que sea jurídicamente inadmisibles que se otorgue virtualidad a la misma y se atribuya imputación de responsabilidad singular, pues, por imperativo de lo preceptuado en dicho artículo 36 de la Ley de Divorcio, los motivos que dan lugar a la aplicación de esta causa de separación de personas y bienes comprendida en el número tercero de dicho precepto legal implican absoluta falta de culpabilidad y, por tanto, admitida la realidad de la perturbación profunda en las relaciones matrimoniales originada por la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges, o por otra causa análoga, necesariamente



ha de estimarse la no culpabilidad de ambos contendientes por cuanto expresamente se contiene en el señalado precepto sin que en él pueda comprenderse hecho alguno determinante de su existencia (636).

b) Por su naturaleza objetiva, si existe esta causa de separación de personas y bienes, debe reconocerse el derecho a pedirla y obtenerla a cualquiera de los cónyuges que la invoque en solicitud de su separación, o a ambos, si los dos la alegan y no se admitieran otras contradictorias, pero lo que no es admisible es que, desestimándose para uno de los cónyuges, se conceda al otro con detrimento de la equidad y de la justicia.

c) Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no puede ser invocada esta causa 3ª del artículo 36 de la Ley de Divorcio cuando se presenta y porque en colisión con otra causa demostrada que implique culpabilidad imputable a quien la alega, y ello por la preeminencia de las causas subjetivas sobre las meramente objetivas, aun cuando aquéllas se adijeran tan sólo para instar la separación de personas y bienes (637).

---

(634) Disponía la causa tercera del artículo 37 del proyecto de ley de divorcio, causa tercera del artículo 34 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

"Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

3º: cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

En este caso podrá pedir la separación cualquiera de los cónyuges".

La redacción definitiva de esta causa de separación y bienes se debe a un voto particular de los Sres. Sapiña y Baeza Medina en el que se modifica el texto del dictamen en el sentido de incluir entre las posibles perturbaciones en las relaciones matrimoniales las diferencias de carácter religioso:

Leído este voto particular en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, pide la palabra el Sr. Baeza Medina que señala que el mismo no tiene otro objeto que recoger el sentido de un voto particular presentado por el Sr. Sapiña con relación a esas mismas diferencias de carácter religioso, como causa de divorcio, en lugar de causa de separación:

Según aquel voto particular de los Sres. Sapiña, Moreno y Piñuela se proponía una adición al artículo 3º del dictamen que establecía como causa catorce de divorcio "dar educación religiosa a los hijos o iniciarlos en algún rito confesional contra la voluntad del otro cónyuge" (Cfr. diario de Sesiones, Apéndice 5º año NUM. 107): Leído por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM 117-, tomó la palabra el Sr. Sapiña que, tras advertir un ligero error en la redacción del voto que en vez de decir "dar educación religiosa a los hijos o iniciarlos en alguna secta confesional", debía decir "dar educación confesional a los hijos o iniciarlos en alguna secta religiosa contra la voluntad del otro cónyuge", pasa a exponer

las razones del voto particular por él suscrito: para el Sr. Sapiña se trataría de una causa de divorcio de naturaleza objetiva que considera las divergencias religiosas cuando el fanatismo de un cónyuge llegue a influir en la vida de los hijos, causando perturbaciones tan hondas, tan graves, en la vida matrimonial, que lleguen a hacerla verdaderamente imposible y lleguen a hacer imposible la vida común; el voto particular tiende, según el Sr. Sapiña, a garantizar a los cónyuges una medida legal que les permita defenderse contra el fanatismo y contra la intransigencia religiosa que en forma de policía eclesiástica hace mucho tiempo que vienen invadiendo los hogares españoles:

"SR. SAPIÑA: Sres. Diputados, he de advertir primeramente a la Cámara que en la redacción del voto particular se deslizó un ligero error, y que en el voto particular, en vez de decir "dar educación religiosa a los hijos o iniciarles en alguna secta confesional", debe decir: "Dar educación confesional a los hijos o iniciarles en alguna secta religiosa contra la voluntad del otro cónyuge".

Dentro del criterio de culposidad que se ha seguido en la redacción del proyecto, la Comisión ha estimado conveniente darle una orientación objetiva lo más amplia posible. Yo me atrevería a suplicar a la Cámara un poco de atención, no por ser yo quien habla sino por tratarse de una modificación sustancial en el espíritu y la letra de la ley de Divorcio.

Todas las causas que produzcan una honda perturbación en la vida matrimonial, si no hay una razón superior que lo impida, deben ser consideradas como causas de divorcio, y si se admite que esto sea así, ¿qué perturbación más honda, qué causa de perturbación más grave que la producida por las divergencias religiosas, sobre todo cuando la religión es profesada con fanatismo? La misma Iglesia reconoce la importancia fundamental de la divergencia religiosa; en el canon 1065 dice la Iglesia: "Los fieles deberán ser apartados de contraer matrimonio con aquellos que hayan hecho abjuración notoria de sus ideas religiosas, aunque no pertenezcan a sectas católicas".

Y llega a mucho más la Iglesia: la Iglesia llega a admitir la disolución del vínculo matrimonial, es decir, el divorcio vincular con todas sus consecuencias, cuando se trate de dos infieles, uno de los cuales haya abrazado la religión católica o la de cualquiera secta cristiana, si el otro se niega a convivir cristianamente o católicamente con él. La diferencia de ideas religiosas, la discrepancia religiosa es un motivo fundamental de perturbación familiar; pero nosotros no hemos querido llegar a lo que la Iglesia llega: a señalar la perturbación como motivo de divorcio; la consideramos como causa de separación, formulando voto particular el día que se discutan las separaciones; hoy nos limitamos a considerar como motivo de divorcio las divergencias religiosas cuando el fanatismo llegue a influir en la vida de los hijos, causando perturbaciones tan hondas, tan graves, en la vida matrimonial, que lleguen a hacerla verdaderamente imposible y lleguen a hacer imposible la vida común. Yo creo que siendo tan graves y tan hondas las perturbaciones que se producen en la vida matrimonial a causa de las divergencias religiosas, sobre todo cuando llegan a influir en la educación de los hijos, el cónyuge tiene derecho a encontrar en la ley un precepto que le ayude a defenderse de las acometidas del fanatismo religioso, ayudándole a defender el derecho del niño a su propia libertad, ayudándole a garantizar para el niño un alma limpia y abierta a las más puras emociones, ayudándole a garantizar para el niño un alma libre de las limitaciones de una educación restrictiva que le haga incapaz de concebir nada noble, nada grande, nada que no sea mezquinamente católico.

Decía el nunca bastante leído y alabado nuestro Unamuno que la Iglesia ha convertido el infierno en una policía a sus órdenes, en una policía a su servicio, y no es esto lo peor, no es lo peor que esto sea cierto: lo peor es que esa policía se ha ido infiltrando en los hogares españoles, y las madres católicas, al querer infiltrar en el espíritu de sus hijos los sanos principios del cristianismo, lo único que consiguen es amedrantarles con la terrible amenaza del infierno y de sus penas eternas, marchitando la ternura, la sensibilidad y el amor y cohibiendo su sano espíritu, frente a la vida (El Sr. Gómez Rojí: había que probar que lo único que hacen es amedrantar.- Rumores) Podría probarlo, Sr. Gómez Rojí.

Precisamente la Iglesia, en su Canon 1120, es la que nos da la base para formular este voto particular, porque es la Iglesia la que determina que cuando entre infieles, por haber abrazado uno de ellos la religión católica o cualquier otra secta cristiana, exista discrepancia religiosa, puede llegarse a lo que la Iglesia no llega nunca en otra ocasión: al divorcio vincular, a la disolución completa del vínculo matrimonial, permitiendo al cónyuge cristiano que se case con otra persona cristiana también (El Sr. García Gallego: La iglesia no admite lo que propone S.S. El derecho canónico enseña lo contrario de esa proposición.- El Sr. Gómez Rojí pronuncia palabras que no se perciben).

Yo agradezco mucho al Sr. Gómez Rojí las interrupciones, porque con ellas va a conseguir que la Cámara vea con simpatía este voto particular y lo apruebe.

Pero hay mucho más Sres. Diputados. es que todos sabéis, porque lo habéis oído de los propios labios del Sr. Gómez Rojí, la importancia que la Iglesia concede al bautismo; todos sabéis, porque nos lo ha dicho el Sr. Gómez Rojí...

El Sr. Presidente: Ruego al Sr. Sapiña que evite las alusiones personales, por la imposibilidad en que me veo de conceder luego la palabra a los Diputados aludidos.

El Sr. Sapiña: Muy bien, Sr. Presidente; tendré en cuenta la indicación.

Si la Iglesia tiene derecho a rescatar los cadáveres de los que fueron bautizados, aunque hayan hecho notoria abjuración de la fe católica, prueba es de la importancia que la Iglesia da al bautismo y los sacrificios que los elementos clericales son capaces de realizar para que no quede una sola persona por bautizar en España.

Pues bien, este voto particular tiende a evitar a toda costa el caso frecuentísimo de la mujer que bautiza al hijo contra la voluntad de su marido y de acuerdo con el cura; el caso de la mujer que procura que no se de la primera comunión al hijo a espaldas del marido y de acuerdo con el cura (El Sr. Castrillo: Eso nada tiene que ver con el divorcio) Tanto tiene que ver con el divorcio, Sr. Castrillo, cuanto que puede producir en la vida matrimonial la peor de las perturbaciones, la más difícil de soporte.

Por eso yo os suplico, Sres. Diputados, que aprobéis este voto particular, a fin de que consigamos para los cónyuges los derechos que la propia Iglesia les concedió en su principio, en uno de sus cánones. Yo suplico que aprobéis este voto particular, para garantizar a los cónyuges una medida legal que les permita defenderse contra el fanatismo y contra la intransigencia religiosa que en forma de policía eclesiástica hace mucho tiempo que viene invadiendo los hogares españoles (Aplausos)\*:

Para contestar, en nombre de la Comisión, al Sr. Sapiña, interviene en la discusión el Sr. Salazar Alonso que se opone al voto particular por considerarlo innecesario ya que el supuesto contemplado en el mismo puede comprenderse en otras causas de divorcio ya aprobadas:

"SR. SALAZAR ALONSO: Voy a impugnar el voto particular con breves palabras y procurando no seguir muchos de los razonamientos de mi querido compañero el Sr. Sapiña, porque confieso que tengo una preocupación que viene acompañándome al intervenir en la elaboración de estas leyes, que es la de huir de todo lo que suponga plantear en cada instante, y con arreglo a cada ley, problemas como los que él planteaba y que han consentido el nervio de nuestras discusiones durante muchas tardes, como si no hubiera más problemas que aquellos que puedan relacionarse exclusivamente con el de la religión.

Yo quiero hacer una respuesta atendiéndome al propio proyecto y a la oportunidad del voto particular. Dice el Sr. Sapiña, cuando defiende su voto particular, que la iniciación de un hijo en un rito o educación confesional puede dar motivo a graves y fundamentales discrepancias. Me aquí precisamente lo que es argumento para que la Cámara no acepte este voto particular, y si la Cámara se desprende de preocupaciones que pudieran hacerle desviar en su voto, verá que cuando llegaran estas discrepancias, este matrimonio no tiene que estar unido por el vínculo indisoluble, porque hemos aprobado en la causa séptima que el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquellos, los malos tratamientos de obra o de palabra (injurias graves, se añadió luego, aceptando una enmienda) eran motivo de divorcio. Pues si las discrepancias que surgen entre marido y mujer porque se obliga por uno de los cónyuges a los hijos a seguir una educación confesional son de tal naturaleza que hacen imposible la vida, en esta causa de las injurias graves hallaremos la solución del problema. Pero es que si aceptamos

esta posibilidad de que uno de los cónyuges llegue a ahincarse en sus propósitos a tal punto que haga difícil la convivencia con el otro cónyuge, porque entiende que debe educar a los hijos de una manera y el otro de otra, no habrá sido precisamente por la confesión o por la educación; habrá sido una discrepancia como cualquiera otra; será una conducta, será el movimiento de la voluntad de un cónyuge en contra del otro, y si nosotros al apreciar la conducta hemos dicho -ha dicho la Cámara- que no basta que la conducta haga gravemente imposible y que sea inmoral, deshonrosa, ¿cómo al apreciar una discrepancia por este motivo vamos a decir que toda una educación puede ser inmoral, puede ser deshonrosa, puede por sí sola constituir aquel requisito de gravedad que se exigía?. Es decir, que cuando la benevolencia de uno de los cónyuges -si han aquiescencia no hay problema- acepta esta orientación de la educación confesional, no existe ningún motivo para que sea causa de divorcio, pero si la disputa entre el matrimonio adquiere tal entidad, ya tenemos dos causas, nada menos que dos causas para que, con absoluta abstracción de lo que pudiéramos llamar el motivo principal, atendiendo al hecho (al que venimos atendiendo, según se ha dicho aquí, sobre todo por la minoría socialista después de un admirable discurso del Sr. Sanchis Banús, estableciendo que la causa en sí desaparece, y que debe atenderse más al hecho que a su parte de moralidad o inmoralidad), se pueda subvenir, se pueda proveer de una manera eficaz a la necesidad de este divorcio.

Por esto nosotros no aceptamos el voto particular del Sr. Sapiña, y no nos seduce, naturalmente, no nos puede seducir el argumento de que los cánones admiten como causa de divorcio la disparidad de cultos; porque hay que subrayar que uno de los aciertos que tuvieron la Comisión jurídica asesora y la Cámara al no traer ninguna enmienda ni voto particular para pedir esto, fue hacer desaparecer esa causa de disparidad de cultos, que la iglesia había establecido exclusivamente a su favor en unos instantes de intransigencia religiosa; pero nosotros, que inspiramos nuestra legislación y nuestra Constitución en una independencia total de criterio y en una libertad absoluta para que cada cual tenga y profese la religión y practique el culto que estime por conveniente, nosotros no podemos incorporar la causa canónica de divorcio a las causas liberales que hemos traído a nuestro dictamen.

Queda, pues, contestado este voto particular en sus tres aspectos: primero, porque lo considero innecesario; después, porque lo juzgo inoportuno, y, en último término, porque responde la exclusión de causa parecida a la disparidad de cultos a un sentimiento profundamente liberal, que es el que estimo debe informar toda la legislación que salga de estas Cortes Constituyentes".

En turno de rectificación, el Sr. Sapiña insiste en su idea de evitar, por medio de esta causa de divorcio contenida en el voto particular por él suscrito, la perturbación insostenible de la vida matrimonial por el motivo de discrepancia religiosa, cuando el fanatismo de uno de los cónyuges se lleva a la educación de los hijos:

"SR. SAPIÑA: Yo agradezco las amables frases y la discreta contestación que me ha dado el Sr. Salazar Alonso, pero he de decirle que no me pueden convencer sus razones, en primer lugar, porque eso de la injuria grave tenía que ser objeto, en el momento oportuno, de una interpretación judicial, según lo explicaba el Sr. Sánchez Román. Pero es que, además, por encima de las razones que ha expuesto el Sr. Salazar Alonso y que no han llegado a convencerse, yo entiendo que en el ambiente de España, en el ambiente clerical en que vivimos y que la República ha venido a combatir, adquiere tal trascendencia el motivo de discrepancia religiosa que, aunque no fuera más que por esto, bien merece un capítulo aparte, un párrafo aparte en el proyecto que estamos discutiendo.

Pero es más; es que yo quiero evitar la perturbación insostenible de la vida matrimonial provocada por esta discrepancia, sobre todo cuando el fanatismo se lleva a la educación de los hijos; quiero evitar el fenómeno corriente que se observa en la vida, cuando vemos a hombres perfectamente laicos que en la calle y en el mitin, a veces, en sus estridencias llegan a pedir carne de cura, y después, cuando alguien les dice que en sus hogares ocurre algo completamente distinto e incompatible con su actuación política, contestan que eso es cosa de mujeres y que no lo pueden evitar. Pues bien; aquí hay un precepto para impedir que se refleje en la vida de sus hijos la intransigencia religiosa; aquí hay un precepto

para evitar que en adelante continúe ocurriendo lo que está pasando en muchos hogares laicos, en que por las maniobras del clericalismo y la intransigencia de la mujer se lleva a la vida de los hijos influencias religiosas incompatibles con el laicismo del marido".

Para explicar el porqué del voto en contra de los representantes de la minoría radical-socialista en la Comisión a este voto particular del Sr. Sapiña, interviene en la discusión el Sr. Gomariz, que parte del hecho de corresponder en nuestra legislación al padre la autoridad de la familia para la educación de la prole, sólo en su defecto, a la madre, y si la divergencia de la mujer, en punto a esta obligación, es persistente y tan grave que hace imposible la vida en común, cuando se produzca este hecho, será suficiente la separación de los cónyuges por tres años para que puedan luego pedir el divorcio; por lo demás, entiende el Sr. Gomariz que la discrepancia de carácter religioso puede dar lugar a una lucha en el matrimonio que determine entre los cónyuges una imposibilidad de convivencia mutua, pero esto será una causa de separación, y no en modo alguno una causa de divorcio:

"SR. GOMARIZ: Los representantes de la minoría radical socialista en la Comisión, porque no se les oculta que se trata de un hecho que puede dar lugar a interpretaciones que no están en su ideario ni en su modo de pensar, quieren explicar por que, van a votar en contra del voto particular del Sr. Sapiña. hablo exclusivamente de la representación de la minoría; no es que yo diga que la minoría deba o no seguir a su representante.

Nosotros no votamos el voto particular del Sr. Sapiña por dos razones fundamentalísimas: la primera, porque creemos que entre las dos entidades, causa de separación y causa de divorcio, de encajar en alguna de ellas sería la causa de separación la que daría lugar para colocar este voto particular del Sr. Sapiña; la segunda, porque nosotros sabemos, y lo sabe el Sr. Sapiña, que la legislación que reglamente la autoridad en la familia asegura hasta ahora que la autoridad de la familia para la educación de la prole, etc., corresponde al padre y, en su defecto, a la madre. Y en cuanto la divergencia de la mujer, en punto a esta obligación, sea persistente y tan grave que haga imposible la vida en común o causa una perturbación, sin ser inmoral o deshonorosa, porque no se trata de inmoralidad o de deshonra, cuando se produzca este hecho, será suficiente la separación de tres años, y si durante ellos no se pide reconciliación, entonces seguirá el divorcio.

Y, por último, Sres. Diputados, no nos planteamos este problema porque entendemos que el espíritu laico de los cónyuges a convivir es el que ha de determinar su tónica en la convivencia, y si estos cónyuges pueden comprenderse por un sistema que permita incluso la educación confesional de los hijos, que no puede ser, y esto es lo grave, alegado como causa de divorcio a falta de otras, nosotros creemos que dejando a los cónyuges en libertad es como realizamos una verdadera obra laica. Por lo demás, la discrepancia de carácter religioso puede ser y será una lucha en el matrimonio que determine entre los cónyuges una imposibilidad de convivencia mutua, y esto será una causa de separación, pero en modo alguno una causa de divorcio".

Para el Sr. Sapiña, que cierra la discusión del voto particular por él suscrito, se trata de una cuestión más bien de principios que de otra cosa, y entiende que causa de separación será la discrepancia de ideas religiosas, y causa de divorcio cuando esa discrepancia por fanatismo se lleve a la educación de los hijos, produciendo una perturbación incompatible con la vida matrimonial: El voto particular fue rechazado en votación ordinaria por la Cámara por 81 votos contra 71 (Discusión del voto particular del los Sres. Sapiña, Moreno y Piñuela: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3831-3834).

Volviendo al voto particular de los Sres. Sapiña y Baeza Medina, éste, en su intervención en defensa del mismo, entiende, como ya manifestara el Sr. Gomariz en la discusión del voto particular de los Sres. Sapiña, Moreno y Piñuela, que la discrepancia de carácter religioso, si no debe ser bastante como causa de divorcio porque puede obedecer a perturbación de tipo accidental, sí debe ser incluida, en cambio, de manera específica entre las causas de separación:

"SR. BAEZA MEDINA: La modificación de esta causa 3ª, incluyendo entre las posibles perturbaciones en las relaciones matrimoniales las diferencias de carácter religioso, no tiene otro objeto que recoger el sentido del voto particular presentado por el Sr. Sapiña en la tarde de ayer, o en otra anterior, con relación a esas mismas diferencias, como causa

de divorcio, en lugar de causa de separación. Nosotros entendemos que ya manifestó el Sr. Gomariz, haciéndose eco del sentir unánime de los miembros de la minoría radical socialista en la Comisión, que no debería ser bastante como causa de divorcio, porque puede obedecer a perturbaciones de tipo accidental, con toda la trascendencia que lleva consigo una sentencia de divorcio; pero en cambio sí debe ser incluida de manera específica entre las causas de separación. Para ello tenemos en cuenta la consecuencia que llevan consigo las causas de separación, de que sólo a los tres años de vivir en tal estado se convierten en causa de divorcio. Precisamente este término de tres años sería suficiente, sería un tamiz, por decirlo así, que determinaría si los motivos de la separación eran de tipo accidentado, pasional, de carácter circunstancial, que a veces los parientes, y no los propios cónyuges, pueden estimular, dando lugar a desavenencias profundas por motivos religiosos. De este modo en el transcurso de ese período se podría apreciar si se producía una redacción favorable por parte de los cónyuges, de tal modo, que el estado de separación y el subsiguiente de divorcio cesaran. A eso responde el voto particular del Sr. Sapiña, que lo ha trasladado también aquí, respondiendo al ambiente casi favorable que hubo en la Cámara, ya que sólo por una minoría de diez votos no prosperó su propuesta. Por eso el Sr. Sapiña y otros miembros de la minoría radical socialista en la Comisión, hemos formulado este voto particular, que sometemos a la aprobación de la Cámara":

Para oponerse al voto particular de los Sres. Sapiña y Baeza Medina interviene en su discusión, en nombre de la Comisión, el Sr. Salazar Alonso, que aduce, como ya hiciera en la discusión del voto particular de los Sres. Sapiña, Moreno y Piñuela, no deben plantearse estos problemas de índole religiosa dentro del espíritu liberal que ha de informar la obra legislativa de la República, aparte que hay otras causas de divorcio o de separación que proveen el supuesto previsto en el voto particular:

"SR. SALAZAR ALONSO: Para oponerme al voto particular que ha defendido el Sr. Baeza Medina. No voy a repetir algunos de los argumentos que ya empleé cuando contesté al voto particular del Sr. Sapiña, respecto a las causas de divorcio. Yo digo, en primer término, que me parece que en nuestra legislación debemos ir ya desprendiéndonos de estas preocupaciones religiosas, porque un espíritu liberal ha de informar toda la obra legislativa de la República, y si el sustentar ideas religiosas se hace de una manera que no produce una divergencia ni una verdadera incompatibilidad, no hay por qué hablar de ello, y así habremos logrado el gran éxito de la República, de hacer compatibles a quienes tengan religiones distintas, para que puedan vivir en el mismo hogar, y si estas diferencias no son causa de discrepancias, desaparezca ya lo que es origen de tales discrepancias, quedando sólo el hecho remoto de aquellas discrepancias fundamentales que pueden ser causa de que los cónyuges se separen. Pero no hablemos respondiendo siempre a una preocupación en cada artículo, de que las diferencias de religión pueden hacer que desaparezca el vínculo que une a una mujer y a un hombre. Por el contrario, todos hemos de procurar que la conciencia de cada cual tenga el respeto ajeno, porque nadie debe inmiscuirse en la libertad de las ideas. Esto es lo que dice nuestra Constitución, esta es la preocupación nuestra y este es el acierto de la Comisión Jurídica Asesora, que ha procurado huir de aquellas fórmulas que recogidas en el Derecho canónico no eran, precisamente, garantía de libertad sino expresión de un fanatismo, que en esta ley de Divorcio ha desaparecido para siempre. Y si han surgido esas discrepancias fundamentales, ¿es que no es bastante que tengamos como causa primera de separación el consentimiento mutuo? Si ambos son fanáticos y no pueden convivir, fácil será el acuerdo. Pero, además, son las mismas causas de divorcio las que pueden ser sólo causas de separación, para respetar aquellas creencias de quien crea que el vínculo es indisoluble, y la ley le da la facultad de que pueda, no romperse el vínculo, sino que se mantenga en lo que queda aparte, en lo que extravasa la esfera judicial, que es lo que a nosotros nos importa.

Por último, dice la causa 3ª: "Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos" ¿Es posible que haya algún caso de esos que se pueden presumir, que no quede perfectamente satisfecho con cualquiera de estas tres causas? A proveer a esa necesidad atienden

ellas: a no plantearnos problemas que hagan que gire nuevamente la legislación sobre una separación que debe acabar ya en una República liberal, tiende este precepto, que la Comisión, por mayoría de votos, ha mantenido, y en cuyo nombre yo me opongo al voto particular del Sr. Sapiña":

En turno de rectificación, el Sr. Baeza Medina expresa que sería negar la realidad, y el legislador ha de tenerla siempre en cuenta, no entender que las diferencias de carácter religioso en el matrimonio pueden producir perturbación profunda, y si ello es así no ve razón alguna para que no se exprese:

"SR. BAEZA MEDINA: No han tenido los firmantes del voto particular prejuicio alguno al comprender en el apartado tercero del artículo 34, entre las causas que pueden producir perturbación profunda, la diferencia de carácter religioso; pero sería negar la realidad, y el legislador ha de tenerla siempre en cuenta, que las diferencias de carácter religioso en el matrimonio pueden producir perturbación profunda, y como el apartado tercero dice: "Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges", han creído los firmantes del voto particular que debe añadirse "o por diferencias de carácter religioso". Y no pueden tener a nuestro juicio, en este caso, valor el argumento de nuestro ilustre presidente de Comisión al decir: Si las diferencias de carácter religioso por sí no son causa de perturbación, ¿a qué incluirlas en la causa tercera? Porque por ese mismo argumento se diría: Si la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges por sí sólo no son causa de perturbación, ¿por qué se mantiene como posible causa de perturbación para que se pueda decretar la separación? Es decir, que allí donde haya una posibilidad, a nuestro juicio, una probabilidad de que determinadas razones, determinados hechos, sean productores de una perturbación entre los cónyuges que determine, según el juzgador estime, una separación, debe incluirse. La realidad del problema, no religioso, sino clerical, en España exige que se determine esa causa. Se han de prestar casos numerosísimos de que, no la mujer, sino familiares de la mujer, con una conducta vituperable, porque signifique una intromisión en la vida íntima del matrimonio, produzcan esa perturbación profunda, lleven esa diversidad de ideas al seno del matrimonio, y los firmantes del voto particular creen que, al plantearse al legislador hechos reales y tangibles, para que produzcan sus efectos jurídicos, cuando esos hechos se den, no deben omitirse.

En definitiva, si la diferencia de ideas religiosas entre los cónyuges puede producir perturbación profunda, y así lo ha reconocido la mayoría de la Comisión, no hay razón alguna, a nuestro juicio, para que no se exprese. Lo que abunda, cuando, como en este caso, tiene una realidad en España, puede decirse, mejor que nunca, que no dañaría a la claridad del precepto":

Este voto particular de los Sres. Sapiña y Baeza Medina fue tomado en consideración por la Cámara en votación ordinaria por 102 votos contra 49 (Discusión del voto particular de los Sres. Sapiña y Baeza Medina: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3887-3889).

(635) "... En cuanto al motivo segundo del recurso, la estimación por este Tribunal de la causa 3ª del artículo 36 en sustitución de la octava del artículo 3º que aplicó la Audiencia para declarar la separación de personas y bienes pedida por el marido, lleva consigo forzosa y legalmente la inculpabilidad de los cónyuges por imperativo de dicho artículo 36 en cumplimiento del cual procede declarar inculpable a la recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1544-; "... Que asimismo debe ser desestimado el recurso interpuesto por la parte actora porque al no apreciar el Tribunal "a quo" la culpabilidad del demandado, ni las causas 4ª, 5ª y 8ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, se ajustó estrictamente a la Ley, ya que declarada la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo por el número tercero del artículo 36, no cabía, so pena de infringir el precepto, apreciar culpabilidad en ninguno de los dos esposos...": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia, 1935, Aranzadi, 1354-.

(636) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 296- y 6 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 956-.

De indudable interés es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1123-: "... Que la congruencia que preceptúa el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien obliga a los Tribunales a dictar sus sentencias de conformidad con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, decidiendo todos los puntos litigiosos, tal obligación no implica la necesidad de sujetarse en sus fallos y acceder en ellos a aquellas peticiones de un modo absoluto, pasivo y forzoso, de forma que baste pedir para otorgar, pues aparte de que esto sería inútil toda discusión judicial y de la función de los Tribunales una función mecánica, las resoluciones judiciales han de inspirarse necesariamente en la justicia y en la ley, y si ésta no ampara aquellas peticiones, su desestimación se impone, con lo que el fallo no sólo es congruente, sino además justo y como en el presente caso, si bien en la demanda se solicita la separación, por la sola causa 3ª del artículo 36 de la Ley de Divorcio, se pide también la culpabilidad del marido demandado, en contra de lo que expresamente preceptúa tal causa de llevar aneja la culpabilidad de los cónyuges, es evidente que al aceptar la Audiencia su realidad, decretando por ello la separación y desestimar la culpabilidad solicitada, no incurre en la incongruencia alegada en primer término en el recurso, porque además de resolver sobre el punto capital litigioso, lo hace con estricta sujeción de la Ley".

(637) Cfr. NOTAS 294, 295 y 296 de la tesis.



7.15.2. Requisitos que han de concurrir para que prospere la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio:

Para que prospere la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio se precisa que concurren, conforme a constante y reiterada doctrina jurisprudencias, los siguientes requisitos:

a) Que se dé la realidad de una perturbación profunda en las relaciones matrimoniales:

Para que prospere esta causa de separación de personas y bienes se precisa como primer requisito exigido por la misma que entre los esposos surja una perturbación en las relaciones matrimoniales que alcance la gravedad y la importancia que la Ley exige (638).

b) Que se dé algunos de los motivos en que se apoya la discrepancia objetiva enunciados en el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio:

El legislador, previendo que las relaciones matrimoniales podían sufrir un gran quebranto por infinitos motivos, agrupó los que estimó por su menor gravedad y trascendencia inadecuados para fundamentar el divorcio y con ellos creó una causa aparte y exclusiva de separación -número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio-, conforme a la cual se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres (639), de mentalidad (640) o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos:

Entre los motivos en que se apoya la discrepancia objetiva, enunciados en el número tercero del artículo 36 de la Ley de divorcio, figuran por analogía a las diferencias de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges,

cuantos determinen la realidad de una perturbación profunda en las relaciones matrimoniales (641), así la existencia de un estado de disconformidad o incompatibilidad de caracteres que ponga de manifiesto la perturbación profunda en las relaciones matrimoniales (642), sin que ni las cuestiones y desavenencias entre los cónyuges de índole y carácter económico puedan conceptuarse como causas de naturaleza análoga a las que taxativamente consigna el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio (643), ni puedan estimarse como síntoma inequívoco de una gran alteración de la armonía conyugal que haga imposible la vida común de los esposos las pequeñas diferencias y pasajeras discusiones propias de la generalidad de los matrimonios (644).

c) Que la perturbación sufrida en las relaciones matrimoniales por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga no implique culpabilidad de uno de los cónyuges:

Esta causa de separación de personas y bienes, dada su naturaleza objetiva, presupone y exige para que sea estimada que no exista culpabilidad de uno de los cónyuges, debiendo, pues, diferenciarse la discrepancia objetiva a que la misma se refiere de las situaciones de proceder culposo y discrepancia subjetiva, no pudiendo prosperar esta causa de separación cuando la perturbación sufrida en las relaciones matrimoniales tenga su origen en la conducta culposa de uno de los cónyuges (645).

---

(638) "... No justificándose tampoco que la perturbación en las relaciones matrimoniales alcanzara la gravedad y la importancia que la ley exige, profesando ambos la misma religión, por lo cual es claro que estuvieron bien denegados... la separación de personas y bienes en la sentencia recurrida que no incurrió en injusticia notoria: Que no es de estimar la manifestación que se hace en el escrito interponiendo el recurso, de que la supuesta perturbación en las relaciones matrimoniales ha venido a aumentarse durante la tramitación del pleito como consecuencia inmediata del mismo, porque, además de ser extemporánea, carece de toda clase de pruebas": Sentencia del tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 438-.

(639) "... Que no obsta lo anteriormente opuesto para que se mantenga y confirme el fallo recurrido en el pronunciamiento relativo a la separación de personas y bienes de los cónyuges litigantes al amparo de la causa número tres del artículo 36 de la tan repetida ley de mérito, invocada, por vez primera, en el presente pleito, y cuya existencia se deriva no solamente de las aseveraciones consignadas en los fundamentos de la sentencia recurrida, sino del resultado que arroja la prueba testifical practicada reveladora de los antagonismos y marcadas diferencias

de costumbres de los cónyuges, pretendiendo el esposo, a pesar de la manifiesta repulsa de su mujer, que ésta atendiera y despachara al público en el establecimiento del que era dueño, lo que acusa incompatibilidad de caracteres entre los mismos que implican la ruptura moral del vínculo ya reconocida en confesión judicial, por el propio demandado, al manifestar en el anterior juicio, que él también desea el divorcio siempre que no se le declare culpable": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 610-.

(640) "... Que, por el contrario, se desprende por modo claro de las pruebas practicadas, como certeramente apreció el Juez en su informe, que en las relaciones matrimoniales entre la actora y el demandante, hoy respectivamente recurrentes, se ha sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, mentalidad y carácter de cada uno de ellos que impide la continuación de la vida conyugal y que ha sido reconocida por las dos partes en sus escritos; por lo que es indudable que la Sala sentenciadora, al no dar lugar a la separación de personas y bienes oportunamente solicitada por dicho motivo, ni siquiera hace mención del mismo en su razonamiento ni en la parte dispositiva de la sentencia, ha violado la causa tercera del artículo 36 de la Ley del divorcio e incidiendo en la causa de revisión, también 3ª del artículo 57 de la propia Ley, según se denuncia en el recurso interpuesto a nombre de doña R.S.": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1131-.

(641) "... Ya que, como dice muy acertadamente el Juez de primera instancia, al emitir su informe con arreglo a lo que preceptúa la ley del Divorcio, de la resultancia de la prueba practicada en el pleito se desprende la existencia de una situación de hecho que se produjo por estados pasionales provocados por terquedades de carácter de ambos esposos o por no tener la resignación necesaria para sobrellevar las adversidades sufridas en el matrimonio, que habiendo producido una perturbación profunda en las relaciones matrimoniales, debe dar lugar a que se acceda a la separación de personas y bienes que solicitó la demandante en virtud de lo dispuesto en la regla tercera del artículo 36 de la ley de 2 de marzo de 1932, mas no al divorcio que, por vía de reconvencción, pide el demandado": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia, 1932-1933, Aranzadi, 354-; "... que aún en el supuesto de que no se diera a los informes médicos obrantes en los autos decisivo valor para demostrar que don J.B. es un paranoico constitucional que padece actualmente delirio de celos, bastaría, de un lado la lectura de las cartas unidas a la demanda, pródigas en frases groseras que habrían de herir el pudor de su mujer, así como en expresiones que ponen de relieve la distancia cada vez más profunda entre los cónyuges, y de otra parte la evidente escena del día 22 de Octubre de 1932, ya que no la extravagancia de las colgaduras negras en señal de luto por las discordias familiares, para acreditar el ningún fundamento del recurso interpuesto por el demandado y la indiscutible oportunidad con que el fallo recurrido, apreciando la profunda perturbación sufrida por las relaciones matrimoniales, ha decretado la separación de personas y bienes, sin poner en duda la capacidad del esposo para otros actos de la vida civil": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 911-; "... Que en el caso de autos aparece evidente la perturbación marital por la confluencia de demostraciones concluyentes, extraídas de cuantos elementos probatorios se han utilizado en el pleito al objeto de justificar la respectiva petición de ambas partes, tales como los diversos procedimientos judiciales, intentados o incoados con anterioridad al presente, sobre depósito de mujer casada, divorcio canónico y consiguientes incidencias procesales y mantenidas con reiteración contumaz que revelen en su conjunto y entraña, sin duda racional alguna, la insostenible situación de convivencia y que habrían llegado los esposos y la necesidad de liquidar su pasado mediante la creación de un nuevo estado jurídico, como el de separación legalmente coactiva de personas y bienes; entendido lo cual es procedente la estimación del primer motivo de injusticia notoria en que incurrió el Juzgado de instancia": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia, 1934, Aranzadi, 439-.

(642) "... Además, que revisada escrupulosamente la prueba testifical aportada por una y otra parte para acreditar sus respectivas alegaciones, se adquiere el pleno convencimiento que

la Audiencia provincial de Alicante se atuvo, con verdadero acierto, a los testimonios aportados, no sólo aisladamente sino en conjunto, para de ellos derivar una convicción de conciencia plenamente conforme con las reglas de la sana crítica, deduciendo de los mismos la conclusión de que... entre los esposos había surgido una perturbación profunda en las relaciones matrimoniales, por existir patente un estado de disconformidad de caracteres, inclinaciones y apreciaciones de los fines del matrimonio": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1370-; "... Que, al apreciar ésta, después de examinar en conjunto, las pruebas practicadas en el pleito, mediante el debido contraste de los resultados que arrojan las de una y otra parte, que las relaciones matrimoniales de los litigantes señores I. y A. vienen desde hace años perturbadas profundamente, hasta el punto de haber roto la paz doméstica y aún la vida común de los cónyuges, siendo patente la incompatibilidad de caracteres entre ambos, como tales hechos están indudablemente comprendidos en el número tercero del artículo 36 antes citado, autorizando a cualquiera de los cónyuges para pedir la separación, es visto que el Tribunal de instancia, lejos de haber incurrido en injusticia notoria, según se pretende, después de ponderar y calificar con acierto la resultancia de los autos, implicó debidamente la ley; procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso, con las costas a la parte que lo interpuso": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1554-; "... En cuanto al segundo y último fundamento, procede estimar la injusticia notoria en la sentencia de la Sala, al no apreciar la realidad de la causa tercera del artículo 36 de la ley, por ambos cónyuges invocada, en sus escritos respectivos, porque tal realidad se deriva claramente: primero, de su reconocimiento y ratificación en todo el pleito por los dos litigantes, que insisten en ella reiteradamente, fundándola en la incompatibilidad manifiesta de caracteres, que confiesan, motivo que si expresamente no está comprendido en aquella causa, sí puede conceptuarse dentro de las de naturaleza análoga a la que se refiere; y segundo, porque de toda la prueba testifical, tanto de la practicada a instancia de la mujer, como a instancia del marido, quedan evidenciados los disgustos y desavenencias matrimoniales profundas, que ya se originaran por culpa de él, según los testigos de ella, o por culpa de la mujer, según los testigos de él, el hecho en que coinciden todas las declaraciones es el de que la vida conyugal es insostenible, y al no apreciarlo así la Audiencia y desestimar la separación por ambos cónyuges pedida, incide en injusticia notoria en el examen y análisis de la prueba": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1586-; "... Que la acción de la separación de personas y bienes ejercitada en estos autos por doña H.P. contra su marido don A.U. comprende con toda claridad tres de las causas previstas en el artículo 36 en relación con el 3º de la ley de 2 de marzo de 1932, a saber ... y tercera, profunda perturbación sufrida en las relaciones matrimoniales por efecto de incompatibilidad entre los caracteres de ambos cónyuges, debido a que el marido provocaba frecuentes altercados por los más fútiles motivos: Que, apreciada por último, y en conjunto, toda la prueba practicada en razón a la incompatibilidad que se acusa en la demanda, resalta la conclusión de que la relación matrimonial del caso fue profundamente perturbada a consecuencia de tales altercados, determinantes de diversas y aún prolongadas ausencias del hogar conyugal por parte del marido, y sin motivo que lo justificase, todo ello contra la voluntad de la esposa, en términos de analogía con las circunstancias que específicamente son previstas en la causa tercera del artículo 36 de la citada ley de 2 de marzo de 1932 para dar lugar a la separación de personas y bienes": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 327-; "... Que examinados los autos con el mayor detenimiento se adquiere la convicción firme y profunda que la Audiencia incurrió en injusticia notoria del error al apreciar la prueba, al afirmar que las relaciones conyugales sufrieron una verdadera perturbación por efecto de la indudable incompatibilidad de caracteres, clara y patente en todo tiempo después de efectuado el matrimonio ya que ese hecho resulta con notorio relieve de todas las actuaciones, y a mayor abundamiento lo reconoció el propio recurrente en el curso del pleito llegando a afirmar "la existencia de un abismo entre las dos almas del marido y de la mujer", reconocimiento que se reitera en el recurso, manifestando que "sobre el indicado hecho no hay discusión": Que tampoco incidió el Tribunal de instancia en infracción legal al aplicar al hecho acreditado el número 3º del artículo 36, porque aunque el esposo achaca la culpabilidad de la perturbación a su esposa

o en todo caso a ambos, y ésta a su marido, por otras causas que no hacen al caso por haber sido desestimadas y no ser objeto del recurso, esa culpabilidad que de no existir no encajaría en el precepto aplicado, no concurre en ninguno de los cónyuges, como apreció, rectamente, la Sala sentenciadora, porque las desavenencias fueron única y exclusivamente producidas por la incompatibilidad de caracteres, que no supieron hasta la fecha, sin perjuicio de la enmienda en el porvenir, fundirse y compenetrarse, deponiendo sus diferencias en la vida conyugal en aras del mutuobienestar, tanto del matrimonio como de los hijos en él habidos": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 247-; "... Acreditándose, en cambio, por manifestaciones que marido y mujer hacen en sus respectivos escritos y por los interrogatorios a sus testigos, que el origen de aquellas frases y de aquel estado radicaba en una incompatibilidad de caracteres tan manifiesta y tan intensa que produjo una rápida y profunda perturbación en la vida matrimonial hasta el punto de romper la paz doméstica y la convivencia conyugal, y que obliga a la estimación de la causa tercera del artículo 36 de la ley, invocada por la mujer en su demanda de separación, y al no estimarlo así la Audiencia que silencia dicha causa, cometió injusticia notoria tanto en la apreciación de la prueba practicada sobre su existencia por la manifiesta contradicción entre el resultado de aquella y la omisión del fallo, como en la aplicación de la ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia, 1935, Aranzadi, 208-; "... Que los actos que en el recurso se señalan como justificativos de abandono culpable, no son sino reveladores de la absoluta incompatibilidad de caracteres de los cónyuges, causa de la perturbación de las relaciones matrimoniales, tan profundas que rompió la paz doméstica y vida común desde hace años; lo cual está además reconocido y ratificado por ambas partes al hacer constar una y otra su radical incompatibilidad, que es lo que constituye la discrepancia objetiva, o sea la causa tercera del artículo 36 de la Ley de 2 de marzo de 1932, que como fundamento de la separación de bienes y personas alegó la demandante y estimó la Sala de instancia con indudable acierto, rechazando las demás aducidas por la esposa, y las propuestas para divorcio por el esposo, teniendo en cuenta el resultado de las pruebas practicadas con la fuerza que exige la especial naturaleza de este recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1007-; "... Es evidente que no cabe estimar el recurso deducido por el demandado, por cuanto al decretar la Sala la separación de bienes y personas por la causa tercera del artículo 36 de la mencionada Ley, sin hacer expresa declaración de culpabilidad ni de imposición de costas en contra de ninguno de los litigantes, revisados minuciosamente los autos, se patentiza que no incurrió en los errores que la jurisprudencia exige, y antes por el contrario apreció rectamente las pruebas practicadas conforme a los dictados de un racional criterio y aplicó el derecho al caso pertinente, ya que no cabe ni la menor duda que cualquiera que haya sido la causa, después de veintitantos años de vida matrimonial, las relaciones conyugales sufrieron una perturbación profunda por incompatibilidad de caracteres, lo que no se niega por el propio demandado puesto que en el fundamento de derecho tercero de la contestación literalmente dice: "después de veintitantos años de vida matrimonial y quiada de un egoísmo impropio, incumpliendo los deberes que como esposa tenía consintió en alejarse de su marido, abandonándole y dejándole solo con todas las preocupaciones y todos los desvelos que en aquellos momentos atravesaba", y es claro que contra el juicio imparcial del juzgador de instancia no puede en forma alguna prevalecer el criterio particular del recurrente que se limita a hacer deducciones de los considerandos de la sentencia recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia, 1935, Aranzadi, 1354-; "... Que revisados minuciosamente los autos aparece patente, como afirma la Sala sentenciadora que entre los esposos se produjeron continuos disgustos por la absoluta incompatibilidad de caracteres que motivaron una perturbación profunda en la convivencia matrimonial, obligándoles, unos meses antes de la demanda, a separarse y a vivir desde entonces en distinto domicilio, todo lo cual demuestra la concurrencia de la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio, invocada en la demanda": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi 956-; "... Que la sentencia recurrida, después de consignar en su primer considerando que "el conjunto de la prueba practicada y aun los mismos términos de la discusión revelan que entre actora y demandado han ocurrido discusiones familiares, que se manifiestan por falta de comprensión

recíproca, desafecto, oposición a aspiraciones e iniciativas, revelador de la imposibilidad de que, al menos que la separación preste oportunidad a la reflexión y estimule el retorno a la vida familiar, pueda ésta continuar de momento sin grave riesgo de acentuarse la diferencia profunda que entre los cónyuges existe...", en su considerando tercero afirma que "en el caso de autos, las relaciones están profundamente perturbadas, la paz doméstica rota y la vida común de los cónyuges suspendida por antagonismos de caracteres" y como contra estas declaraciones terminantes de la Audiencia que autoriza la causa tercera del artículo 36, no se opone prueba eficaz que la desvirtue o anule manifiestamente, ya que toda prueba practicada en el juicio se concreta a la testifical de ambos cónyuges -aparte de la confesión de la demandante que en nada las contradice ni se cita en el recurso- el hecho de que los testigos de la actora confirmen las discusiones reiteradas y violentas entre los cónyuges y la incompatibilidad de los caracteres, y los del demandado no hayan presenciado aquellas discusiones y reconozcan una educación y mentalidad normal en el marido, no es motivo suficiente para estimar una injusticia notoria en el fallo recurrido, ni en la apreciación de las pruebas, ni en la aplicación de la Ley del Divorcio, tal como esta Sala viene constantemente definiendo tal injusticia": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1123-.

(643) "... Que, además de haberse omitido en este recurso el esencial requisito relacionado con el Considerando que precede, lo que sería suficiente para su desestimación, es forzoso, por otras razones, no dar tampoco lugar al utilizado por la actora recurrente doña Victoria L.D., ya que el detenido examen de lo actuado demuestra, por modo palmario y concluyente, la absoluta carencia de fundamentos para ampararse en el número tercero del artículo 36 de la citada Ley, motivo único alegado por la actora contra su marido don Sabino F.C., toda vez que las probanzas, lejos de acreditar la profunda perturbación de las relaciones matrimoniales, por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga, han demostrado la total ausencia de estos motivos de discordia, revelando que sólo diferencias de carácter económico, sobre el futuro destino de los bienes de los dos ancianos contendientes, son la causa de estas divergencias, que no han llegado a producir desconsideración personal entre los consortes, ni denegación de los mutuos auxilios": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1589-; "... Que tampoco ha violado el Tribunal de instancia el mencionado artículo 36 de tan repetida ley en su apartado tercero, toda vez que, según doctrina de la Sala, las cuestiones y desavenencias entre los cónyuges de índole y carácter económico no pueden conceptuarse como causas de naturaleza análoga a las que taxativamente consigna el expresado artículo; procediendo, en su consecuencia, rechazar también la revisión que el recurrente basa en la supuesta infracción del indicado precepto": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1476-.

(644) "... Que en el caso de autos, el recurso de revisión por injusticia notoria promovido por doña E.L.G. pretende fundarle, no en alguna de las causas objetivas a que se refiere el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio, imputables a su esposo, que ni siquiera señaló concretamente en su demanda, sino en la puramente subjetiva de la aversión invencible que a la recurrente produce el modo de ser moral que atribuye a su marido; y como según la sentencia impugnada las pequeñas diferencias y pasajeras discusiones propias de la generalidad de los matrimonios que entiende probadas, no pueden estimarse como síntoma inequívoco de una gran alteración de la armonía conyugal que haga imposible la vida común de los esposos, y este criterio de la Sala sentenciadora, cuya rectitud y certeza acredita la detenida revisión de las probanzas practicadas, no puede ser sustituido, por lo tanto, por el particular de la recurrente en la apreciación de las pruebas, ...es notoria la improcedencia del recurso de revisión por ella entablado": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 923-.

(645) "... Que el recurso formalizado por el marido contra la sentencia de la Audiencia de Valladolid que desestimó su demanda de separación de personas y bienes, se funda en la injusticia notoria del número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, al no admitir la causa tercera del artículo 36, invocada por aquél como fundamento de su demanda; incurriendo con ello a

su juicio en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas: Que si, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, la injusticia notoria ha de ser clara, patente e inequívoca, ya en la aplicación de la ley, ya en el análisis y estimación de las pruebas al error de la Audiencia que como fundamento de la injusticia se alega ha de tener iguales caracteres de indudable y manifiesto para que tenga la excepcional eficacia de invalidar un fallo, y en el presente caso procede declarar que, examinada la prueba suministrada por marido y mujer, la Audiencia ha estimado acertadamente que toda la desarmonía reinante en el hogar conyugal, que toda la perturbación existente en las relaciones matrimoniales, y a que hace referencia la causa tercera del artículo 36 de la ley, y que originaron el documento privado de amistosa separación de 2 de Agosto de 1925, acompañado con la demanda, tuvieron su origen "en la torpe conducta del marido y en sus infidelidades" afirmación que hace la sentencia recurrida por la prueba testifical y documental practicada a instancia de la mujer, rectamente apreciada, sin error alguno de hecho: Que tampoco existe error de derecho en la sentencia recurrida, sino al contrario, fiel interpretación del número tercero del artículo 36 de la ley, porque, declarada y admitida por el Tribunal sentenciador la culpabilidad del marido en los hechos que integran tal causa, la desestimación de ésta es consecuencia de aquel precepto legal que presupone y exige para que sea estimada que no exista culpabilidad de uno de los cónyuges, sin que los documentos privados citados por el recurrente en su escrito sirvan mas que para acreditar, si acaso, una separación que en primer lugar ninguna relación guarda con el número tercero del artículo 36, y en segundo término, aunque tal conexión existiera, ello no impediría a los Tribunales examinar y declarar el motivo o causa que originó la separación y la existencia de culpabilidad por uno de los cónyuges, a los efectos del citado número y artículo": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 385-; "... Que para apreciar debidamente, en el presente caso los términos de la cuestión litigiosa sometida a revisión se ha de tener presente: primero, que la demanda de separación de personas y bienes que ha dado origen al procedimiento, a vuelta de extensísimas alegaciones, dirigidas a poner de manifiesto, mas bien la conducta culposa del marido demandado que la discrepancia de caracteres y la imposibilidad de la vida conyugal, acaba de invocar, como fundamento jurídico exclusivo de la acción entablada, el número tercero del artículo 36 de la Ley especial ya citada; segundo, que la Sala sentenciadora asienta su fallo absolutorio en esta doble consideración, a) la naturaleza de los hechos que sirven de base a la acción, y que en su parte fundamental sólo revelan un torpe y malicioso manejo de intereses materiales por el cónyuge encargado de la administración del patrimonio familiar, que no cae dentro del ámbito de la Ley de divorcio, y b) la falta de prueba de esos hechos y de los extremos que abarca la demanda: que dados esos supuestos, no puede prosperar el presente recurso que, oponiéndose al criterio de la Sala el personal de la parte recurrente, se limita a sostener y dar por probado el hábito de ociosidad del marido demandado, que trajo como consecuencias morales la anormalidad en la vida conyugal y el abandono del hogar; y como consecuencias materiales el estado lastimoso en que dejara la hacienda de la familia, pues es lo cierto que aunque cupiera tener por plenamente demostrada, contra el criterio del Tribunal sentenciador, esa conducta irregular que al marido se imputa, no cabría acoplarla en la causa de separación que sirve de apoyo a la demanda, como no fuera amalgamado e involucrando la discrepancia que a dicho número tercero del artículo 36 se refiere, con las situaciones de proceder culposos y discrepancia objetiva que, en todo caso, podrán ser incluidas en los tipos del número segundo del citado artículo, si los hubiese abrazado la acción ejercitada": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 249-.

7.15.3. Ejercicio de la acción de separación de personas y bienes por el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio:

a) Necesidad de fundar la acción de separación de personas y bienes en el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio:

Para que pudiera haber lugar a la separación de personas y bienes por la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio, el primer requisito esencial, de conformidad con el principio exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil de congruencia del fallo con las partes hubieran fundado su acción de separación en alguno de los motivos contenidos en la misma, pues el respeto a este principio enjuiciario, garantía del derecho de ambas partes, no permite se tomen en consideración otros motivos de suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente hayan sido deducidos al trabarse la litis, que no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas antes de aquel trámite (646): Es necesario, pues, para la estimación de esta causa de separación de personas y bienes, la alegación y demostración de alguna de las circunstancias concretas de las mencionadas en el número tercero del artículo 36 de la ley de Divorcio que haya dado lugar a que las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos (647).

b) Necesidad de justificar la alegación en la demanda de alguno de los motivos en que se apoya la discrepancia objetiva enunciados en el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio:

Si, conforme al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, una vez trabada la litis, la prueba que se proponga sólo puede versar acerca de los hechos fijados definitivamente



en los escritos de demanda y contestación que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen (648), el segundo requisito esencial para que pudiera haber lugar a la separación de personas y bienes por la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio lo constituía la necesidad de que la parte que hubiere alegado en los fundamentos de derecho de su escrito de demanda o reconvención como causa de la separación por ella interesada la comprendida en el número tercero del artículo 36 de la citada Ley justificara la alegación de la misma, sentando en los hechos de su demanda o reconvención la realidad de actos concretos que sean suficientes a determinar la perturbación profunda en las relaciones matrimoniales por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos, pues el respeto a este principio enjuiciario no permite que, una vez trabada la litis, se pueda en buena ley formular en el pleito ninguna prueba dirigida a demostrar alguno de los motivos en que se apoya la discrepancia objetiva enunciados en esta causa de separación de personas y bienes cuando los hechos que les sirven de fundamento material no se hubieren sentado en los escritos de demanda o reconvención (649).

c) Necesidad de probar cumplidamente la causa concreta que haya dado lugar a que las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos:

La aplicación contenciosa de esta causa de separación impone al cónyuge que la alega como tercer requisito esencial para que pudiera haber lugar a la separación de personas y bienes por la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos que sirven de fundamento material a la causa concreta que haya dado lugar a que las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación

profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos (650); no acreditándose por quien la alega aquellos hechos que sirven de fundamento material a la causa concreta imputada al otro cónyuge de las comprendidas en el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio procede, como es lógico, su desestimación (651):

Importante al respecto es la doctrina señalada en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1934, conforme a la cual "los motivos en que se apoya la discrepancia objetiva, enunciados en el caso tercero del artículo 36, entre los que figuran por analogía a las diferencias de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges, cuantos determinen la realidad de una perturbación profunda en las relaciones matrimoniales, admiten procesalmente la pertinencia de todos los medios de prueba hábiles para demostrar la notoriedad del estado anormal de la vida común, por diferencias irreductibles que comprometen de un modo fundamental y trascendente la paz del hogar y la consecución de los fines sociales a que está ligada la familia, sin que sea exigible prueba psicológica y limitada al contraste temperamental, siempre que aparezca emergente la falta de solidaridad conyugal, la oposición de intereses que debieran ser comunes y se manifiestan hostiles, el choque inevitable de caracteres y en suma la ruptura moral del vínculo, considerando todo ello como un fenómeno de realidad patente y desoladora" (652).

---

(646) "... Que pidiéndose en la demanda el divorcio, con base en la causa séptima del artículo 39 de la ley de 2 de marzo de 1932, la sentencia que, como la recurrida, otorga la separación de personas y bienes con apoyo en la causa tercera del artículo 36 de la propia ley, infringe notoriamente el artículo 359 de la Ley Procesal Civil, por faltar a la congruencia obligada entre lo resuelto y lo pedido; motivo suficiente para la revisión de la sentencia recurrida al amparo del número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1479-; "... Que no habiendo el marido demandante formulado recurso alguno contra la sentencia dictada por la Audiencia declarando no haber lugar al divorcio por aquel solicitado en su demanda, y recurriendo contra dicha resolución la mujer demandada por el único fundamento de haberse decretado la separación de personas y bienes del matrimonio que no se pidió en demanda ni en contestación y sí solo en el acto de la vida entre el Tribunal "a quo" y en forma alternativa por el actor, el único punto a resolver y que constituye la base del presente recurso es si

La Audiencia incurrió por ello en injusticia notoria infringiendo entre otros el artículo 36 de la Ley de Divorcio en su número tercero, en que aquella separación se apoya, y el 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Que si la injusticia notoria a que se refiere el número 3º del artículo 57 de la ley de Divorcio puede darse, como reiteradamente ha declarado esta Sala, al aplicar el derecho que aquella ley creó y regula o al examinar los principios y normas que lo integran, es indudable que al decretar la Audiencia una separación de personas y bienes matrimoniales que ningún cónyuge solicitó oportuna y legalmente, ya que no puede estimarse como pretensión admisible la hecha en el acto de la vista por el actor, momento procesal en que no puede tener valor y eficacia alguna, y al fundar tal separación en una causa por nadie invocada -la tercera del artículo 36- que por ello ni fue objeto de discusión ni de pruebas, cometió una manifiesta infracción de principios básicos de derecho procesal sustantivo en materia de fallos judiciales que ordenan que las sentencias sean congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito y que los Tribunales deben fallar con arreglo a lo alegado y probado, principios de evidente aplicación a la Ley de Divorcio, y que al contrariarlos en su fallo la Audiencia, estimando y aplicando de oficio, por propia iniciativa, una separación que no fue objeto de litigio y por causa que en los autos no existe, incurrió en injusticia notoria e infracción del número 3º del artículo 36": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1832-.

(647) "... Que de igual inconsistencia adolece el motivo tercero, que pretende basar la infracción del artículo 36, número tercero, de la propia Ley de Divorcio, en la doctrina de las sentencias de este Tribunal de 11, 15 y 29 de marzo de 1933, completamente extrañas al caso de esta litis, en el cual la Sala sentenciadora afirma que ni siquiera se ha alegado que exista entre los cónyuges diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión, ni se ha demostrado que haya entre ellos incompatibilidad de caracteres, ya que se ha justificado que durante los primeros años del matrimonio se llevaron a bien los esposos, y si después han tenido algún altercado, fue a causa de los celos, fundados o infundados, de la esposa y no por divergencias de educación o de hábitos": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1023-; "... Que solicitándose en la demanda base de estos autos la separación de personas y bienes alegando como fundamento legal el número tercero del artículo 36 de la ley de 2 de marzo de 1932, sólo puede accederse a ello mediante la demostración de la causa concreta que haya dado lugar a que las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos: Que en el caso de autos, según la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal sentenciador en los dos fundamentos de la sentencia recurrida, no ha quedado plenamente que entre el actor y su esposa existan diferencias fundamentales en materia de costumbres, de mentalidad o de religión, demostrándose tan sólo que el matrimonio litigante se halla profundamente desavenido y sufre una intensa perturbación, ya sea por el carácter violento de la esposa, cuyas disputas con el marido dieron lugar en una ocasión a que este sufriera una lesión que tardó en curar doce días, atribuida al hecho de haberle arrojado aquella un azucarero a la cabeza, ya por disensiones de la misma con el esposo por razón de la convivencia con la suegra y un hijastro, o bien por la causa de orden íntimo o sexual a que se refieren los testigos de la demandada: Que con arreglo a esa apreciación de la prueba no ha debido darse lugar a la demanda, ya que no se han llenado los dos requisitos exigidos por el número 3º del artículo 36 antes mencionado, pues no se concreta, por un lado, una causa de las en el mismo expresadas y, por otro, entre las varias que se indican en la sentencia recurrida que hayan podido producir la perturbación intensa que sufre el matrimonio, que constan en el fundamento precedente, la mayor parte envolverían culpabilidad para uno de los cónyuges, razones por las cuales, al darse lugar a la demanda, se ha incidido en injusticia notoria y procede en su consecuencia dar lugar al recurso de revisión interpuesto por la esposa demandada con arreglo al artículo 57 de la Ley de Divorcio, anulando la sentencia recurrida, y declarar no haber lugar a la separación de personas y bienes solicitada en la demanda con arreglo al artículo 62 de la propia Ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2343-.

(648) Cfr. NOTA 324 de la tesis.

(649) "... Que en virtud de lo dispuesto en el número tercero del artículo 36 de la Ley de Divorcio, debe decretarse la separación de personas y bienes, "cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos"; pero para apreciar debidamente la existencia de esta causa de separación, es necesario acreditar la realidad de actos concretos que sean suficientes a determinar aquella perturbación en la vida matrimonial pero como quiera que al examinar el Tribunal "a quo" las pruebas practicadas en el pleito, se encontró con elementos de juicio contradictorios, que no llevaron a su ánimo el convencimiento de la realidad de los hechos básicos de que hubiera de deducirse la existencia de la susodicha causa de separación, en modo alguno puede estimarse que la sentencia recurrida es revisable por haberse cometido al dictarla injusticia notoria puesto que no se dan las características necesarias y determinadas en reiteradísima jurisprudencia de este Supremo Tribunal para que tal causa concorra, de una palmaria contradicción entre el resultado de las pruebas y la forma como se apreciarán por la Sala sentenciadora, o un evidente error de "jure" en la aplicación de los preceptos legales pertinentes al caso controvertido, en su vista procede la desestimación del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1229-.

(650) "... Pero alegado subsidiariamente y en forma alternativa el derecho a la separación de cuerpos y bienes con fundamento en el número tercero del artículo 36 de la misma ley, es indudable que, tanto por la influencia psicológica sedimentaria de los hechos probados según el Tribunal "a quo", como por las espontáneas alegaciones de la esposa en su escrito de contestación a la demanda y demás elementos de la prueba conjunta, se ha evidenciado que las relaciones matrimoniales experimentaron tan profunda perturbación que imposibilita la vida normal de los cónyuges en su interpretación vincular perfecta y por consiguiente procede acceder a la separación conyugal solicitada": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1137-.

(651) "... Que el recurrente opone también al fallo por él combatido la injusticia notoria en que a su juicio incide al apreciar las pruebas, y la revisión de las practicadas en el pleito conduce sin duda alguna a la estimación del recurso por este motivo porque, aun admitiendo como cierto y acreditado cual la sentencia afirma, que el cónyuge don J.P., por haberse criado y vivido siempre en el campo dedicado exclusivamente a la labranza y cultivo de tierras para ganarse el sustento, tuviese verdadera dificultad para adaptarse a las costumbres y modo de vivir de las ciudades y dado su carácter absorbente, huraño y egoísta no trató a su esposa en la forma considerada y propia de una normal y atenta relación matrimonial, tales hechos imputados al demandado de un modo exclusivo no pueden demostrar por sí solos la diferencia de costumbres o de mentalidad existente entre dos personas que se casaron canónicamente, producto de la perturbación profunda de sus relaciones matrimoniales, ya que no existe entre la prueba practicada a instancia de la parte actora ningún extremo encaminado a justificar cuales fueron sus costumbres y mentalidad antes de contraer matrimonio con don J.P., porque las de éste no podía desconocerlar quien a los 35 años de edad voluntariamente se unió a él en casamiento dispuesta por tanto a compartir con su marido el género de vida a que éste se dedicaba y el disfrute de los productos adquiridos con su trabajo, no en la ciudad, sino en el campo; y como la Audiencia de Barcelona al deducir de aquellos únicos hechos que el demandado atribuye la realidad de la causa de separación prevista en el número tercero del artículo 36 de la Ley de 2 de marzo de 1932 incide en error manifiesto al apreciar la prueba puesto que la demostración de aquélla exige necesariamente la existencia indubitada de un término de comparación residente en la esposa que en el pleito no aparece, es obvio que el fallo impugnado incide en la causa 3ª de revisión del artículo 57 de la citada ley y que por ello, como antes se indicó, debe prosperar por el motivo acabado de examinar, el recurso entablado por don J.P., que por tercera vez se ha visto demandado con análoga finalidad por su esposa doña I.M.": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1524-.

(652) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1934 -R.J.A. 1934, Nº 439-.

7.15.4. Voto particular del Sr. Cirilo del Río proponiendo la inclusión de una nueva causa de separación entre los párrafos segundo y tercero del artículo 34 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

Un voto particular del Sr. Cirilo del Río proponía la inclusión entre los párrafos segundo y tercero del artículo 34 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio de un nuevo párrafo redactado del modo siguiente:

"3º: A petición de la mujer, cuando el marido apto para el trabajo abandone sin causa justificada su ocupación habitual y la familia no cuente con otros medios para atender a sus necesidades que el jornal, sueldo o bienes propios de la mujer o que ésta haya de heredar por ministerio de la Ley" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 7º al NUM. 116):

Leído por segunda vez en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118-, toma la palabra el Sr. del Río para sostener el voto particular por él suscrito, señalando que con el mismo se trata de evitar el caso de aquel marido que teniendo una ocupación, una profesión, una carrera, un oficio, consigue embaucar la voluntad de una mujer que tiene un salario o capital y al día siguiente de casarse con esa mujer, con una conducta que realmente es un fraude, al marido se le terminan los reseos de trabajar y vive tumbado a la bartola, dando lugar a que la mujer atienda exclusivamente a levantar las cargas del matrimonio; frente a la posibilidad de que se le conteste por la Comisión que esta conducta a que alude está comprendida en la causa octava del artículo 3º del dictamen, expresa su duda de que indudablemente sea una conducta inmoral la del cónyuge que vive a expensas de los medios económicos de su mujer, solicitando de la Comisión que en su caso lo aclare:

"... Muy brevemente para sostener el voto particular que, por disentir de la opinión de mis compañeros de Comisión,

he formulado.

Como se habrá percatado ya la Cámara, hemos terminado los preceptos relativos al divorcio vincular y entramos en el capítulo de proyecto de ley que se refiere a la separación de personas y bienes.

Se puede pedir la separación de bienes y personas sin disolución del vínculo, dice el dictamen, por consentimiento mutuo, por las mismas causas que el divorcio y cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos. Pues bien, aparte de estas causas que establece el proyecto, propongo yo que entre la segunda y la tercera se interponga otra que, dicho sucintamente, tiende a tratar de dar a la mujer el medio de salir de una situación matrimonial que considero completamente anormal, a la vez que perjudicial para ella, y que no responde a la situación real de ambos cónyuges en la vida matrimonial, en la que parece que, por costumbre, el marido es quien debe atender fundamentalmente a levantar las cargas del matrimonio.

Trato yo con esto de evitar el caso de aquel marido que teniendo una ocupación, una profesión, una carrera, un oficio, consigue embaucar la voluntad de una mujer que tiene un salario o un capital y al día siguiente de casarse con esa mujer, con una conducta que realmente es un fraude, al marido se le terminan los deseos de trabajar y vive tumbado a la bartola, dando lugar a que la mujer atienda exclusivamente a levantar las cargas del matrimonio.

Me interesa hacer una distinción bien clara entre esta caso y aquel otro en que el marido, sin tener ocupación habitual, sin tener medios económicos y sin saber ganarse el pan, como vulgarmente se dice, consigue enamorar a una

mujer, y esa mujer, conociendo su situación, se casa con él. A este caso no me refiero, porque la libre voluntad de la mujer acepta las consecuencias de tomar como marido a una persona completamente inútil, pero que acaso tendrá sus encantos, que hayan movido a ella a contraer matrimonio. No, a lo que yo me refiero es a la situación de fraude en que se coloca el hombre que teniendo medios de vivir, desde el momento en que se casa sustituye esos medios legítimos de vivir por los de la esposa. Y yo pregunto: ¿Hay derecho a obligar a la mujer a que, invirtiendo el régimen legal, económico y matrimonial, siga unida a un hombre que ha tomado el matrimonio como medio de no trabajar, de no subsistir sino sólo mediante el salario, los bienes de la esposa?

Seguramente se me va a contestar por la Comisión que esta causa de divorcio que yo alego está comprendida en la octava del artículo 3º del proyecto que dice: "La violación grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales, etc.". Si esta condición octava del artículo 3º hubiera sido aprobada en la forma que se proponía en el proyecto, no me hubiese levantado ahora, porque, indudablemente, el caso a que se refiere mi voto particular estaría comprendido en esta condición octava, pues es notorio que la conducta a que yo aludo de uno de los cónyuges trae perturbaciones graves en el matrimonio; pero es que al aprobarse este número octavo del artículo 3º, se le han agregado al sustantivo "conducta" los calificativos "inmoral o deshonrosa", y aunque yo tengo la presunción, que se robustece con la señales afirmativas que hace el ilustre maestro señor Sánchez Román, de que indudablemente es una conducta inmoral la del cónyuge que vive a expensas de los medios económicos de su mujer, necesito que esto se aclare, porque si se le da esa interpretación auténtica a la Ley, la esposa que se encuentre en las circunstancias a que me refiero en el voto particular, podrá ejercitar la acción de divorcio, y de otra manera es muy dudoso que se considere

como de conducta inmoral y deshonrosa al hombre que no trabaja y no produce, porque por desgracia, hay que reconocer que hay muchos hombres inmorales desde este punto de vista, aunque su conducta no es deshonrosa, porque el hecho de no trabajar no hace perder la consideración del concepto público; hay personas que no han perdido su honra, y sin embargo, no trabajan; la duda está en si entran dentro del concepto de inmorales. Mantengo, pues, el voto particular y espero las razones que la Comisión tenga para no admitirlo":

Para el Sr. Baeza Medina, de la Comisión, el supuesto previsto en el voto particular del Sr. Del Río está implícitamente comprendido en el apartado tercero del artículo 34 del dictamen que contiene las causas de separación de personas y bienes como causa de "naturaleza análoga" que produce perturbación en las relaciones matrimoniales sin implicar culpabilidad ninguna y, además, y esto parece contradictorio, estaría comprendido siempre, dice el Sr. Baeza Medina, en la causa 8ª del artículo 3º de la Ley por cuanto esa conducta no sólo supone una violación de un deber tan elemental como el de satisfacer las necesidades económicas del matrimonio que el marido está obligado a satisfacer al igual que la mujer cuando tenga bienes propios, sino una conducta inmoral con relación al matrimonio:

"... La Comisión cree, sin duda, que el voto particular del Sr. Del Río está implícitamente comprendido en el apartado tercero de las causas de separación, apartado que dice lo siguiente: "3º Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos". De modo que siempre estaría comprendido, a juicio de la Comisión, como causa de "naturaleza análoga" que produce perturbación en las relaciones matrimoniales, sin implicar culpabilidad ninguna, el caso de quien teniendo profesión, oficio, medios de trabajo habitual, al contraer matrimonio, después de celebrarlo, de una manera voluntaria e intencionada



y, a pesar de todo, apartábamos la culpabilidad, no trabajas y viviera exclusivamente a costa de su mujer. Pero si no se quiere que esté comprendido en este apartado tercero del artículo 34, lo estaría siempre, a pesar de lo que dice el Sr. Del Rio, en la causa 8ª de divorcio que se establece en el artículo 3º.

Porque, ¿Puede dudarse que es conducta inmoral e el marido la de desatender un deber tan elemental como el de satisfacer las necesidades económicas del matrimonio, que él está obligado a satisfacer, como lo debe estar la mujer cuando tenga bienes propios? ¿Es que acaso cuando esta causa octava dice "la violación grave de alguno de los deberes que impone el matrimonio" (y deber para el marido es este que apuntamos), no está comprendido esto, y singularmente cuando dice: "la conducta de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación de las relaciones matrimoniales que hagan imposible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común"? Nosotros entendemos que cuando el marido se dedica a vivir a costa de la mujer no solamente hay una violación de uno de los deberes que impone el matrimonio, sino una conducta inmoral con relación al matrimonio, y si esta conducta del marido produce de hecho perturbaciones en las relaciones matrimoniales, porque la mujer no admita la situación en que el marido se coloca, lógico es suponer que admitidas las causas de divorcio como causas de separación, en el apartado segundo del artículo que discutimos, siempre estimaría el juez que la causa aparece perfectamente clara, y que esta causa invocada por la mujer sería siempre causa de separación, porque está comprendida ciertamente en el apartado segundo y en el apartado tercero del artículo 34, y, de consiguiente, no hay que ir a una determinación específica de ella, pues precisamente debe huirse en las leyes de estas determinaciones específicas y dejarse al arbitrio del juzgador la interpretación en cada caso concreto de si la conducta, de si la actitud del cónyuge es suficiente, en armonía con estas normas de tipo genérico, de tipo general que establecen las causas

de divorcio, si son bastante para aplicarse en el caso concreto".

Con esta interpretación auténtica dada por el Sr. Baeza Medina en nombre de la Comisión al caso previsto en el voto particular por él suscrito, se da por satisfecho el S. del Río que, consecuentemente, retira el mismo:

"... Desde el momento en que por mayoría de la Comisión, con la excepción del que ha formulado el voto, se ha manifestado aquí como interpretación auténtica de la ley que el caso a que se refiere el voto particular que he tenido el honor de someter a la consideración de la Cámara está comprendido como causa de separación en el número segundo del artículo 34 y en todo caso es causa incluso de divorcio en la causa octava del artículo 3º, no tiene este diputado derecho a molestar a la Cámara con una votación, puesto que quedan salvaguardados con esta interpretación los legítimos intereses de aquella mujer que, víctima de un hombre desaprensivo, viene obligada a llevar dentro del matrimonio carga que no la corresponde. Y dicho esto, retiro el voto particular, Dr. Presidente" (653).

---

(653) Discusión del voto particular del Sr. Cirilo del Río proponiendo la inclusión de una nueva causa de separación entre los párrafos segundo y tercero del artículo 34 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3886-3887.

8. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Extinció de la acción de divorcio o separación por la muerte de cualquiera de los cónyuges.

Prescripción de la acción de divorcio o separación.  
Reconciliación de los cónyuges.

8.1. Extinción de la acción de divorcio o separación por la muerte de cualquiera de los cónyuges:

Disponía el artículo sexto de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932:

"La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges. Sus herederos podrán continuar la demanda o reconvencción deducida por el causante a los efectos del artículo 29" (654):

De conformidad con el artículo sexto de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, la muerte de cualquiera de los cónyuges extinguía la acción de divorcio o separación: Si el ejercicio de la acción de divorcio o separación no tenía mas objeto ni perseguía más finalidad que la de lograr, precisamente, los pronunciamientos de una sentencia definitiva de divorcio con disolución del matrimonio o tan sólo de separación de personas y bienes quedando subsistente el vínculo conyugal, disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges (655), la finalidad que mediante el ejercicio de la acción de Divorcio o separación se perseguía se realiza por cuanto la muerte de uno de los cónyuges truncó fatalmente el vínculo, siendo consecuencia ineludible la extinción de la acción de divorcio o separación pues el fallo que se dicte en definitiva carece ya de trascendencia respecto a las proyecciones personales por lo que afecta a la vida matrimonial:

Mas, el divorcio de los cónyuges o, en su caso, la separación de personas y bienes decretado por sentencia firme

dictada por los Tribunales civiles tenían de igual modo consecuencias jurídicas en el orden patrimonial, de ahí que el artículo sexto de la Ley de Divorcio permitiera que, fallecido el cónyuge que hubiera instado la acción de divorcio o separación, sus herederos pudieran "continuar" la demanda o reconvención deducida por el causante a los efectos del artículo 29 de la misma Ley.

Una interpretación de este artículo sexto de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) Se establece como principio general el de que la acción de divorcio o separación se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges.

b) No obstante se dispone que, fallecido el cónyuge que hubiere instado la acción de divorcio o separación, sus herederos podrán continuar la demanda o reconvención deducida por el causante a los efectos del artículo 29 de la Ley de Divorcio.

c) Consecuentemente, los herederos no pueden promover el divorcio o la separación del causante, sino "continuar" la demanda o reconvención deducida por éste, y ello sólo puede producirse cuando el causante hubiese instado acción de divorcio o separación ante el Tribunal civil competente o cuando habiendo seguido el juicio ante Tribunal canónico, la sentencia de éste se hubiere dictado antes de la vigencia de la Ley especial de Divorcio y, por no haber obtenido en su día la oportuna validez civil, cualquiera que hubiera sido la causa de ello, pudiera ésta revisarse ante el Tribunal civil competente para conocer del divorcio, por ser la revisión la continuación civil del juicio eclesiástico (656).

d) Fallecido el cónyuge que hubiere instado la acción de divorcio o separación y seguido el pleito por sus herederos a los efectos del artículo 29 de la Ley de Divorcio, la resolu-

ción que recaiga en el mismo tiene que referirse de un modo exclusivo a los extremos referentes a las causas de divorcio o separación alegadas por el causante en la demanda o reconvencción deducida por el mismo, así como, en su caso, el relativo a la declaración de culpabilidad del cónyuge demandado, sin que pueda extenderse el "dictum" a declaraciones de derechos concretas en el orden patrimonial, cuya discusión y reconocimiento tiene su campo en otros medios procesales, pues la decisión definitiva pronunciada en un juicio donde se debate exclusivamente la procedencia o improcedencia del divorcio o la separación de personas y bienes no es sino el presupuesto jurídico de las actuaciones constitutivas que en su día hayan de pronunciar los Tribunales a los efectos del artículo 29 de la referida Ley de Divorcio; y, consecuentemente, si los pronunciamientos del fallo que se dicte en definitiva carecen de trascendencia respecto a las proyecciones personales por lo que afecta a la vida matrimonial cuando la muerte de uno de los cónyuges truncó fatalmente el vínculo, puede influir en las consecuencias económicas de la sociedad conyugal, según la medida y alcance previstos por el artículo sexto en relación con el 29 de la Ley de Divorcio (657).

---

(654) Artículo sexto del proyecto de ley de Divorcio y quinto del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo quinto del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3836):

Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según el artículo 37 de la ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta ley" -"Ejercicio de la acción de divorcio": Artículos 4 a 10- (Este párrafo primero del artículo 37 de la Ley de Divorcio coincidía en la redacción con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de Divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

Cfr. artículo 29 de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932, artículo que será objeto de estudio en su momento.

(655) "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges": Artículo 52 del Código Civil.

(656) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1108-: La heredera de la esposa comenzó el divorcio civil, habiendo el antecedente que la esposa inició el divorcio ante el Tribunal Eclesiástico, aunque no llegó a sentenciarse en definitiva, toda vez que el marido había apelado, hasta el 17 de Julio de 1933:

La Sala de instancia admite el divorcio, lo estima y condena al marido, pero el Tribunal Supremo admite el recurso de éste en cuanto a la falta de acción de la heredera para comenzar una expediente, ya que conforme a las reglas transitorias de la Ley de Divorcio no se otorga a aquel juicio canónico más que el posible valor de las pruebas en él practicadas para surtir efecto en el juicio civil de divorcio o separación que se incide:

"... Que el juicio de divorcio objeto de examen, se promovió por la actora como heredera, hermana consanguínea de la esposa fallecida del demandado, al amparo del artículo sexto de la Ley de Divorcio y al solo fin de obtener los efectos de carácter canónico que derivan del artículo 29 de la propia Ley; estableciendo en la demanda inicial como causa de divorcio solicitado, la primera del artículo 3º; cuyos particulares fueron acogidos plenamente por la Sentencia del Tribunal "a quo" y contra ella, el recurrente acude en revisión por las causas segunda y tercera del artículo 57 de la repetida Ley, las que, con separación habrán de ser examinadas en los Considerandos siguiente:

Que el artículo sexto de la Ley de 2 de Marzo de 1932, después de establecer el principio general de que la acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, dispone en su segundo párrafo, que "sus herederos podrán continuar la demanda o reconvención producida por su causante a los efectos del artículo 29", a lo cual dice bien claramente que el heredero no puede promover el divorcio de un causante, sino continuar el inicio por este; oportunidad que solo puede producirse cuando el causante tuviese ejercitada su acción ante el Tribunal Civil o cuando habiendo seguido el juicio ante Tribunal Canónico, la sentencia de éste hubiese sido dictada antes de la vigencia de la Ley de Divorcio por ser revisable ante los Tribunales del Estado y ser la revisión la continuación civil del juicio eclesiástico; y partiendo de dicho precepto legal y del alcance razonado y visto cual se deja establecido en el primer Considerando, que la actora en este juicio, no continúa una acción entablada; sino que inicial y directa la promueve, como lo afirma en su demanda, ya que no otra cosa podía hacer, al utilizar como base una sentencia canónica que no fue firme hasta el 17 de Junio de 1933, según expresa declaración del Tribunal de la Rota, a la que hay que atenerse por ser extraño el orden civil hacer otra apreciación sobre el caso, y que, por lo tanto, no puede aquélla ser revisada conforme a la regla transitoria cuarta que a tal juicio canónico no le otorga más que el posible valor de las pruebas en él practicadas por surtir efecto en el juicio civil de divorcio que se incide; pero no por un heredero como en el caso presente es forzoso declarar la procedencia del recurso y revocar la sentencia dictada por la Audiencia".

Cfr. estudio Reglas Transitorias 3ª, 4ª y 5ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 en punto 3.2. de la tesis.

(657) "... Que fallecido el cónyuge demandante antes de la sentencia de instancia y seguido el pleito por sus herederos a los efectos que previene el artículo sexto de la Ley rectora de la materia, la resolución que recaiga en este recurso ha de contraerse estrictamente a determinar si el fallo revisado adolece de injusticia notoria por los motivos que afectan a la mera relajación del vínculo, pero sin extender el "dictum" a declaraciones de derechos concretos en el orden patrimonial, cuya discusión y reconocimiento tiene su campo en otros medios procesales y no en el juicio específico donde se debate exclusivamente la procedencia o improcedencia del divorcio o, en su caso, de la separación de bienes y personas, por las causas prevenidas en la Ley, sin perjuicio de llevar más tarde a aquellos procedimientos universales o singulares de carácter civil la decisión definitiva pronunciada en el pleito matrimonial, como presupuesto jurídico de las actuaciones constitutivas que en su día hayan de pronunciar los Tribunales, a los efectos del artículo 29 de la referida Ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 439-.

## 8.2. Prescripción de la acción de divorcio y separación

Disponía el artículo octavo de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: "No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda. Tampoco podrá ejercitarse transcurridos cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de la prescripción se fija en diez años, y los de atentado de un conyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o de uno de aquellos, que no prescribirán. Cuando se funde en alguna de las causas cuarta, quinta, sexta, octava, duodécima o décimotercera, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva. Cuando se funde en la causa número once, será necesario que hayan transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena.

Los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponda la acción de divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique" (658):

Estos plazos de prescripción del artículo octavo de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 han de entenderse referidos, a su vez, a lo dispuesto en la Regla Transitoria séptima de la misma, que preceptúa:

"Los plazos de caducidad de la acción del artículo octavo de esta Ley comenzarán a contarse desde la promulgación de la misma" (659):

De conformidad, pues, a lo ordenado de modo expreso por la Regla Transitoria séptima de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, y según vino a declarar explícitamente la doctrina del Tribunal Supremo (660), el cómputo de los plazos

de prescripción del artículo octavo de la misma ha de empezar a contarse desde su promulgación -"Gaceta", 11 de Marzo de 1932-

A pesar de que esta Regla Transitoria séptima de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 emplea el término "caducidad" -"los plazos caducidad de la acción del artículo octavo de esta Ley..."-, los plazos a que se refiere el párrafo primero del artículo octavo de la Ley especial de Divorcio son plazos de "prescripción", y así lo entiende el segundo párrafo de este artículo al decir "los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior..." (661).

Distingue el artículo octavo de la Ley de Divorcio, a efectos de los plazos de prescripción de la acción de divorcio o separación, entre el conocimiento del hecho en que se funda la acción de divorcio y separación y la realización del mismo, tenga o no conocimiento el cónyuge que habría de imponer la acción de divorcio o separación:

Así, comienza señalando este artículo que "no se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda" o "cinco años desde que el hecho se realizó", salvo, en este último supuesto, los casos de adulterio, en los que el plazo de la prescripción se fija en diez años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o de uno de aquéllos, que no prescribirán, plazos de prescripción que han de entenderse referidos, como hemos señalado, a lo dispuesto en la Regla Transitoria séptima de la Ley de Divorcio (662). Quedan fuera de este régimen general las acciones fundadas en alguna de las causas cuarta, quinta, sexta, octava, duodécima y decimotercera, que podrán ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que las motiva; y así, por lo que se refiere a la causa octava, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1934 (663), por lo que se refiere a la causa duodécima, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1933 (664), y, por lo que se refiere a la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divor-



cio, que sigue de igual modo este régimen especial e puede ejercitarse las acciones de separación de personas y bienes fundadas en la misma mientras subsista el estado de hecho que la motiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1935 (665). Cuando el ejercicio de la acción de divorcio o separación se funde en la causa once, será necesario que ha transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena: No basta pues, para el ejercicio de la acción de divorcio o separación cuando sea por razón de condena de un cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años que la sentencia condenatoria sea firme, sino que es necesario haya tenido efectividad tres años por lo menos.

Este artículo octavo de la Ley de divorcio continúa diciendo en su párrafo segundo que "los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados", sin que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1933, pueda aceptarse el criterio de que los plazos de prescripción a que se refiere este párrafo del artículo octavo de la Ley de Divorcio haga relación únicamente a la causa undécima (666), y así, por lo que se refiere a la causa primera, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1935 (667), y, por lo que se refiere a la causa séptima, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1934 (668).

Concluye este párrafo segundo del artículo octavo de la Ley de Divorcio señalando que "si el cónyuge a quien corresponda la acción de divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique": Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1933, el efecto de interrupción que el inciso segundo del párrafo segundo del artículo octavo de la Ley de Divorcio asigna a este requerimiento "judicial" viendo referido concretamente a los plazos de prescripción de las acciones de divorcio o separación señala-

das en el párrafo primero de este precepto, pero quedando fuera de este régimen las acciones fundadas en las causas cuarta, quinta, sexta, octava, duodécima y decimotercera que podrán ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que las motiva (669).

Como requisito esencial de orden procesal hay que destacar que, para que pueda ser invocada con éxito la excepción de prescripción de la acción fundada en alguna de las causas de divorcio o separación comprendidas en la Ley especial de Divorcio, salvo que el ejercicio de la acción de divorcio o separación sea por razón de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquellos que son imprescriptibles, es necesario que se oponga en tiempo y forma al contestar la demanda o reconvenición, y que luego, en trámite de prueba, se practique la pertinente a su demostración, por cuanto que si no se excepcionó a la demanda o reconvenición la prescripción de las acciones en dichos escritos ejercitadas, no habiendo sido el Tribunal formalmente requerido para hacer pronunciamiento sobre si se halla o no prescrita la acción de la parte que alega una causa de divorcio o separación, no puede luego éste en buenos principios de ortodoxia procesal resolver dentro de la debida congruencia haciendo declaraciones sobre el particular que no le ha sido sometido a su fallo por las partes contendientes en el pleito, y mucho menos procede su estimación "de oficio" (670).

---

(658) A su vez, el artículo 82 del proyecto de Ley de Divorcio disponía:

"... No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años después que el hecho se realizó. Cuando se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 11ª y 12ª, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

Los plazos de seis meses y cinco años no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponde la acción de divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique".

Este artículo pasó a ser séptimo en el texto del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio con la siguiente redacción:

"... No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de la prescripción se fija en diez años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno

de aquellos, que no se prescribirán. Cuando se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 12ª ó 13ª, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

Los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponda la acción de divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique":

La redacción del párrafo primero del artículo séptimo del dictamen fue motivado por la Comisión en cuanto a su redacción gramatical donde dice: "No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda", y en lugar de continuar "o cinco años desde que el hecho se realizó...", se separa por medio de punto, en esta forma: "Tampoco podrá ejercitarse transcurridos cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio..." (Cfr. intervención del Sr. Baeza Medina, de la Comisión, oponiéndose a un voto particular del Sr. Fernández Clérigo, en que, al final de la misma, advierte a la Cámara sobre esta modificación del texto del dictamen: Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3839):

El inciso que se añade al final del párrafo primero del artículo 7º del dictamen se debe a un voto particular de los Sres. Vargas, Baeza Medina y Gomariz (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM. 109) que, aceptado por la Comisión, quedó incorporado al dictamen: No obstante ello, a ruego del Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión, el Sr. Baeza Medina explica a la Cámara los motivos en que se funda este voto particular: Se refiere al voto particular, según expondría el Sr. Baeza Medina, a que para ejercitar la acción de divorcio o separación cuando sea por razón de condena de un cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años, sea preciso el cumplimiento efectivo de la condena por lo menos durante tres años, es decir, que no basta para el ejercicio de la acción de divorcio o separación que la sentencia sea firme, sino que es necesario haya tenido efectividad tres años por lo menos, con lo cual se salta al paso de aquellos casos en que, a pesar de existir sentencia firme condenatoria de uno de los cónyuges a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años, no obstante esa sentencia, por cualquiera causa o motivo, no iba a tener una efectividad de al menos de tres años:

"... Como los Sres. Diputados han oído, el voto particular se refiere a que para ejercitar la acción de divorcio, cuando sea por razón de condena (que por acuerdo de las Cortes se limitó a diez años, en vez de los doce que proponía en primer término la Comisión), sea preciso el cumplimiento efectivo de la condena por lo menos durante tres años; es decir, que no baste para el ejercicio de esa acción de divorcio que la sentencia sea firme, sino que haya tenido efectividad tres años por lo menos.

Con esto se ha querido salir al paso de ciertos argumentos que se indicaban cuando se contradecía la causa undécima del artículo 3º; es decir, que condena que racionalmente había de tener un plazo perentorio, una amnistía, podía ser objeto de indulto particular, se dejase transcurrir un plazo más que prudencial para que se pudiera ver en todo caso si la sentencia realmente era efectiva o no. Más aún: podía darse el caso de una sentencia firme de uno de los cónyuges que, no obstante esa sentencia, determinara una convivencia de ellos: por ejemplo, en el caso de rebeldía del cónyuge sentenciado, bien por ausencia de España, acompañado del otro cónyuge, bien por permanencia en ella, pero al fin y al cabo declarado en rebeldía, se daba el caso de uno de ellos condenado a pena de diez años, y si se mantenía el dictamen de la Comisión en la forma que venía redactando, de que la sola condena bastaba para interponer la acción del divorcio, al otro cónyuge que convivía con él, basado en esa causa de la condena, podía interponerla si quería ir a la separación efectiva. Esa era la razón. (El Sr. Ossorio y Gallardo: ¿Y si se constituye en rebeldía sin haber cumplido nada de la condena? ¿Cuándo empieza el derecho del otro cónyuge?). Entonces, cuando por razón de rebeldía, no acompañándole el otro cónyuge, determinara una sanción, se estaría en otra de las causas de divorcio y, por consiguiente, no tendría aplicación el caso concreto (El Sr. Ossorio y Gallardo: Tiene completa razón el Sr. Baeza Medina)" (Discusión del voto particular de los Sres. Vargas, Baeza Medina,

y González: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3838).

Leída por segunda vez una enmienda del Sr. Casanueva al artículo 7º del dictamen en que proponía la siguiente edición al mismo: "La prescripción, en todo caso, no se contará, para los menores de edad, hasta que cumplan la mayor edad" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NÚM. 109), es retirada por el Sr. Casanueva por cuanto su objeto era, en el caso de que se hubiera admitido otra que tenía presentada al artículo 4º del dictamen (Cfr. NOTA 279 de la tesis), que no corriera la prescripción para los menores de edad que no podían ejercitar la acción sin determinado permiso, pero al no prosperar aquella enmienda, ésta no tenía ya razón de ser (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3839-3840).

Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según disponía el artículo 37 de la ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta ley" -"Ejercicio de la acción de divorcio" Artículos 4 a 10- (Este párrafo primero del artículo 37 de la ley de Divorcio coincidía en su redacción con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de Divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NÚM. 118- Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889): Cfr. igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1225- (659) La Regla Transitoria séptima de la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 tiene su origen en una enmienda de la Srta. Campoamor en que proponía se agregara a las leyes transitorias del dictamen una con la siguiente redacción:

"Los plazos de caducidad de la acción del artículo 7º del dictamen comenzarán a contarse desde la promulgación de esta ley" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NÚM. 121):

Leída por segunda vez en la sesión del día 24 de febrero de 1932 -NÚM. 122-, quedó incorporada al dictamen al ser aceptada por la Comisión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, pág. 3994).

(660) Cfr. en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 286-, 4 de marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 582- y 27 de mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1125-

(661) Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 7º del dictamen, que pasaría a ser octavo conforme al voto particular, proponía la siguiente redacción del mismo:

"La acción de divorcio caducará por el transcurso de un año cuando se funden las causas 1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 8ª, 10ª y 11ª. Cuando se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 9ª, 12ª y 13ª, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

El término de caducidad empezará a contarse, respecto de las causas 1ª, 3ª y 10ª, desde que lleguen a conocimiento del cónyuge reclamante. Respecto de la 8ª, desde que ocurrieron los hechos que la motivan; y respecto de la 2ª, 7ª y 11ª, desde que quedase firme la sentencia" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NÚM. 108):

Leída por segunda vez en la sesión del día 17 de febrero de 1932 -NÚM. 117-, interviene en defensa del mismo el Sr. Fernández Clérigo que explica las razones por las que ha presentado este voto particular en sus diversos puntos: Después de establecer la línea diferencial que existe entre la "prescripción" y la "caducidad", entiende los plazos como "plazos de caducidad" y no como "plazos de prescripción"; se establece el plazo de caducidad de un año para el ejercicio de la acción de divorcio cuando se funde en las causas 1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 8ª, 10ª y 11ª, iniciándose el cómputo de estos plazos de caducidad, respecto de las causas 1ª, 3ª y 10ª -la causa 10ª de este voto particular coincide con la causa 9ª de la ley de divorcio- desde que lleguen a conocimiento del cónyuge reclamante, respecto de la causa 8ª -en el voto particular del Sr. Fernández Clérigo ésta causa se refiere a "los malos tratamientos de obra y las injurias graves"- desde que ocurrieron los hechos que la motivan, y respecto de las causas 2ª, 7ª y 11ª -en el voto particular del Sr. Fernández Clérigo la causa 2ª decía: "la condena de cualquiera de los cónyuges por haber celebrado, constante matrimonio, otro posterior, sin perjuicio de la acción de nulidad que corresponda respecto del segundo matrimonio", la causa 7ª: "la comisión de un delito en cualquiera de sus grados y en concepto de autor o cómplice, contra la persona del otro cónyuge o de los hijos, siempre que hubiere recaído sentencia firme condenatoria",

y la 11ª "la condena al cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años" -Desde que quedase firme la sentencia; cuando la acción se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 9ª, 12ª y 13ª, podrá ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que la motiva- la causa 9ª de este voto particular coincide básicamente con la causa 8ª de la ley de divorcio; la causa 12ª dice: "La separación de hecho libremente consentida durante tres años; y la 13ª coincide básicamente con la misma causa de la ley especial de divorcio-:

"... Sres. Diputados, al observar yo que en el proyecto que estamos discutiendo jugaban, sin distinción, sin que se precisase su verdadero matiz, "la prescripción" y la "caducidad", me ha parecido de máxima importancia establecer la línea diferencial que existe entre ambas figuras de Derecho, porque una cosa es prescripción y otra cosa enteramente distinta es caducidad. La prescripción supone un plazo que es susceptible de interrupción, bien sea por reconocimiento, bien sea por reclamación, activa o pasivamente, y la caducidad es un plazo que fatalmente transcurre, contra el cual nada pueden ni los actos de reconocimiento ni los actos de reclamación, y yo creo que este concepto de caducidad es el que únicamente cuadra al divorcio, sin que pueda mezclarse ni juxtaponerse al caso de prescripción, porque la prescripción, en mi sentir, no tiene nada que hacer en una ley de divorcio.

Sostengo esto porque me parece absolutamente inhumano e inadmisibles que el reconocimiento de una causa de divorcio por el cónyuge culpable pueda interrumpir un plazo y dar lugar a que corra de nuevo, y me parece igualmente inadmisibles el ejercicio de la acción, la mera reclamación extrajudicial, pueda dar lugar a que de nuevo corra el término de la prescripción y pueda permanecer en suspenso el ejercicio de una acción que, a mi juicio, debe tener un plazo fatal de extinción. Pero he de hacer observar también que todo el interés de esto radica esencialmente en el momento de que se parta para el cómputo del término de la caducidad, y así habrá causas, con el adulterio o la corrupción, en que solo podrá partirse del momento del conocimiento para el ejercicio de la acción, porque hemos de respetar, aunque parezca una cosa trasnochada, aquel principio de derecho, siempre sancionado por la práctica y la jurisprudencia, que dice: "Contra non valentem agere prescriptio non currit" (contra aquel que no puede actuar, no puede caer la prescripción). Si se tratara, por ejemplo de las injurias o de los malos tratos de palabra, habrá que partir del momento de la realización del hecho, y si se trata de una sentencia firme que de lugar a la causa de divorcio, habrá que partir del instante mismo en que quedó firme la sentencia. Y a mi me parece que el plazo de caducidad ni debe ser tan corto como el que quiere establecer la Comisión, sin atreverse a abordar este problema de la caducidad diciendo que durará 6 meses desde que se tuvo conocimiento del hecho, ni debe ser tan largo como aquellos de prescripción de 5 y 10 años, que también se marcan, llegandose en algún caso, creo que se llega en el dictamen, a declarar imprescriptibles acciones de orden familiar, lo cual es una máxima audacia en el terreno jurídico, porque yo no había conocido nunca el caso de declarar una acción de orden familiar tan peligrosa como esta, absolutamente imprescriptible, sea cual fuere la causa. Por eso el plazo de un año me parecía bastante preciso y prudente; no hay que acelerar de manera que se lance a las gentes a entablar la demanda apresuradamente, atropelladamente, ni hay tampoco que dejar que la acción de divorcio esté latente y sea una amenaza para el régimen de la familia.

Por estas razones, que me parecen fundadas, he presentado este voto particular, que someto a la consideración de la Cámara y que versa, como ya he dicho, sobre el eje de la caducidad, sustituyendo a la prescripción; sobre el término de un año para todos los casos y sobre el arranque del cómputo de este término en distintos momentos, bien del conocimiento del hecho, bien de su realización, bien de la sentencia. Esta es la mecánica del voto particular y creo que con ello tendrá bastante la Comisión para pronunciarse acerca de él:

Oponiéndose al voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo, interviene en su discusión, en nombre de la Comisión, el Sr. Baeza Medina, para el cual es claro que los plazos que en este artículo se señalan son plazos de "prescripción", no de "caducidad", distinguiéndose entre los plazos de prescripción entre el "conocimiento de hecho" o la "realización", tenga o no conocimiento el cónyuge que habría de interponer la acción, estableciéndose que la acción

prescribe pasados seis meses desde que el cónyuge tuviera conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años desde que el hecho se realizara, salvo los casos de adulterio en los que el plazo de prescripción se fija en 10 años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos que no prescribirán:

"... La Comisión no acepta el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, manteniendo, en cambio, el dictamen que comienza diciendo en su artículo 7º, que es el que discutimos, que no se podrá ejercitar la acción pasados los plazos que en él se señalan. Es decir, que emplea un término que considera claro y que en el segundo párrafo lo entiende como prescripción, sin usar del término caducidad, porque, independientemente de cuándo deba a comenzarse a contar la prescripción y cuando se interrumpe o no es'ta, ha aceptado principios y preceptos admitidos en nuestra legislación de que ese caducidad aquel derecho que se viene ejercitando y por el desuso de él caduca, como, por ejemplo, la caducidad de la instancia, a diferencia de la prescripción que en el término y concepto que se ha empleado siempre en el código civil para que el no uso de un derecho determine la falta de acción.

Pero lo fundamental de este voto particular que la Comisión rechaza no está realmente en el empleo de esto o de la otra palabra, sino de los términos que concede para la prescripción, en su caso, en el del voto particular, para la caducidad, y cree que el artículo 7º tiene una mayor flexibilidad y está más en armonía con la realidad de las causas de divorcio y aun con los plazos de prescripción establecidos hoy por el Código civil vigente. Por eso distingue entre el conocimiento del hecho o la realización en absoluto, tenga o no conocimiento el cónyuge que habría de interponer el divorcio, y establecer en el artículo 7º que la acción prescriba pasados seis meses desde que el cónyuge tuviera conocimiento del hecho en que se funda, o 5 años desde que el hecho se realizara. Es decir, que aunque no tuviera conocimiento de él, transcurridos cinco años habría de prescribir, pero en los casos de adulterio el plazo de prescripción se fija en diez años y en el de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, se establece en el dictamen de la Comisión que no prescribirán. Se ha basado la Comisión para ello en que, permaneciendo ignorado por uno de los cónyuges que el otro había atentado contra la vida de los hijos, parecía inhumano que, por ese desconocimiento que se tuviera, no pudiera interponerse el divorcio porque se hubiera conocido años antes o años después. Esa es la razón que la Comisión ha tenido frente al criterio mantenido por el Sr. Fernández Clérigo respecto a este punto, y lo mismo indica con relación a este segundo párrafo":

En votación ordinaria, quedó desechado el voto particular del Sr. Fernández Clérigo por 60 votos contra 27, absteniéndose muchos Sres. Diputados (Discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3839).

Un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) al artículo 7º del dictamen proponía la siguiente redacción del mismo:

"Caducará el ejercicio de la acción pasado un año desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de la caducidad se fija en 10 años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, que el plazo será de 20 años. Cuando se funde en alguna de las causas 4º, 5º, 6º, 8º, 12º ó 13º, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

Los plazos de caducidad a que se refiere el párrafo anterior... (lo mismo que el dictamen)" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106):

Leído por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117-, fue retirado por el Sr. Villanueva (Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3838).

(662) "... Que el motivo primero del recurso, que, al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, atribuye a la Sala la violación del artículo octavo de dicha ley, por no haber apreciado la prescripción de diversos hechos constitutivos de malos tratamientos de obra o de palabra, ocurridos en diversas fechas, desde las cuales habían transcurrido con creces los seis meses que dicho artículo concede para el ejercicio de la acción, es por completo inoperante, pues al lado de esos hechos que se pudieran estimar prescritos, la prueba

practicada en el pleito y apreciada rectamente por el Tribunal "a quo", acredita la existencia de actos afrentosos y de sevicia corporal que cometió el marido durante el periodo comprendido entre primero de enero y quince de octubre de 1933 y especialmente en este último día, que bastan para justificar la desestimación que hizo el fallo de instancia la excepción de prescripción planteada por la parte demandada": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 800-; "... Que la desestimación hecha por la Sala de instancia de la prescripción alegada por el hoy recurrente, está ajustada a lo que dispone el artículo octavo de la Ley de Divorcio, dada la afirmación de hecho, no contradicha en forma, de que la difamación por el esposo, de su consorte, base de las injurias graves calificadas por la Audiencia, se inició en Agosto de 1933 y la demanda se formuló en Noviembre del propio año": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1845-.

(663) "... Que la prescripción alegada en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal no puede ser estimada porque la demanda se basa en el número octavo ya repetido y subsiste el estado de hecho que la motiva; pudiendo por tanto, ejercitarse la acción, según lo dispuesto por el artículo 8º de la ley de referencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 754-.

(664) "... Que la Sala sentenciadora notoriamente ha infringido el artículo octavo de la repetida ley al no atemperarse a su texto explícito que en términos inequívoco dispone, que cuando la acción de divorcio se funda en la causa duodécima del artículo 3º, podrá ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que la motiva; y admitida por el Tribunal de instancia como resultado de las pruebas, la subsistencia de la separación de los cónyuges al instaurarse el pleito con posterioridad al transcurso de los tres años de la no convivencia, evidente aparece la violación del precepto primeramente citado": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1631-.

Cfr. en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 300-.

(665) "... Que la desestimación hecha por la Sala de instancia de la prescripción alegada por el hoy recurrente, está ajustada a lo que dispone el artículo octavo de la Ley de Divorcio, ...habida cuenta con respecto a la causa tercera del artículo 3º de aquella Ley que el estado de hecho que la motivó subsistía en el momento de la presentación de la demanda inicial": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1845-.

(666) "... Que tampoco procede estimar el segundo motivo de injusticia notoria que se alega fundado en la prescripción de la acción de divorcio que por causa de adulterio el marido ejercitó en su reconvencción, porque al desestimar tal prescripción la Sala sentenciadora interpretó y apreció acertadamente y legalmente el artículo octavo de la ley, sin que la doctrina por ella expuesta en su novena Considerando sea contraria a derecho, ni pueda aceptarse el criterio del recurrente de que los plazos de prescripción a que se refiere el último párrafo de dicho artículo haga relación únicamente a la causa undécima, que no contiene ni puede contener más que un plazo de ejercicio, y no varios, ya que se trata de una sola causa": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 182-.

(667) "... Que, por lo que respecta a la causa de injusticia notoria que el recurso invoca en razón a que el Tribunal "a quo" no acoge en la sentencia la prescripción de acciones a que concretamente se refiere el apartado d) del presente recurso, bastaría para rechazar fundadamente esta alegación, con decir que si bien es cierto que entre los fundamentos de derecho del escrito de contestación a la demanda se aborda el tema de la prescriptibilidad para sentar algunos razonamientos sobre el mismo, no se formuló concretamente petición alguna en sentido de que se estimara o dejara de estimarse esta excepción; y siendo así no podía la Sala resolver dentro de la debida congruencia haciendo declaraciones sobre un particular que no le había sido sometido a su fallo por las partes contendientes en el pleito; pero a mayor abundamiento, prescindiendo del aspecto procesal de la cuestión y admitiendo en hipótesis que el Tribunal

"a quo" hubiera sido formalmente requerido por hacer pronunciamiento sobre si se hallaba o no prescrita la acción de la parte actora al plantear su demanda, es indudable que de la prueba practicada aparecen elementos que ponen de relieve los actos constitutivos de adulterio cometidos por el recurrente durante un periodo de varios años, antes y después de la separación de hecho convenida entre los cónyuges corroborados por testigos contestando a las preguntas que sobre estos extremos les fueron formuladas; y como por permanecer en esta situación de vida irregular el marido, sobrevino la separación del matrimonio, es lógico que, al no computarse a efectos prescriptibles mientras este estado durara el plazo para que la acción prescribiera, de conformidad con lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 8º de la Ley de divorcio, está fuera de toda duda que la excepción dicha no podía en modo alguno admitirse": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 504-.

Cfr. en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal supremo de 4 de marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 582-, y 12 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2329-.

(668) "... Que la revisión de la prueba relativa a la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, en primer término aducida, contra su esposo, en la reconvencción por la demandada, demuestra la existencia de los malos tratamientos de obra de que esta señora fue víctima en diversas ocasiones por parte de su marido durante la convivencia de los esposos, como consignó la Sala sentenciadora en el Resultando quinto de su sentencia apreciando en él con dudosa oportunidad la prueba testifical de la demandada, y la culpabilidad por consiguiente que en la realización de tales hechos corresponde al marido que los produjo, no obstante lo cual, sin una explícita declaración en el fallo recurrido de la concurrencia de la referida causa séptima imputable al demandante, que alegó la demandada, ni del oportuno pronunciamiento acerca de la excepción que impediera aceptarla, afirma la Sala sentenciadora en su resolución que no pudo apreciarse en modo alguno por haber transcurrido con exceso los seis meses que para el ejercicio de la acción de aquella causa dimanante señala el artículo 8º de la mencionada Ley de Divorcio en relación con su séptima disposición transitoria, por no ser dicho plazo de los que quedan en supuesto, en virtud de la separación de hecho de los cónyuges; mas si se advierte que el párrafo segundo del referido artículo 8º dispone que los plazos de prescripción a que se refiere su párrafo primero, y entre ellos por tanto el de los seis meses a que la sentencia alude, no corren mientras los cónyuges vivan separados, y en el caso de autos está acreditado que desde fecha muy anterior a la de presentación de la demanda de divorcio, como en ella reconoce don M.B., se hallaban separados de hecho él y su esposa, manifiesto es el erróneo criterio con que aplicó dichos preceptos legales la Audiencia y la procedencia de admitir la revisión de la sentencia por la causa 3ª del artículo 57 de la Ley, ya que la concurrencia en el caso de autos de la séptima del artículo 3º que alegó la demandada es impugnabile y la supuesta prescripción de la acción respecto de ella ejercitada es insostenible": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2179-.

Cfr. en este mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2157-, y 27 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1125-.

(669) "... Que tampoco la sentencia recurrida ha infringido el artículo octavo de la ley especial al no haber dado efecto interruptivo sobre el estado de separación al requerimiento notarial que el marido dirigió a su mujer en 17 de marzo de 1932, invitando al primero a la segunda a reanudar la vida en común; pues dejando aparte que el citado artículo de la ley se refiere a requerimiento judicial, es indudable que el efecto de interrupción que aquel precepto le asigna, viene referido concretamente a los plazos de prescripción de las acciones de divorcio señaladas en el párrafo primero del artículo 8º, esto es, el de seis meses, desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se fundara la acción, y el de cinco años transcurridos desde que el hecho se realizó, salvo el caso de adulterio cuyo plazo de prescripción se fija en diez años, así como el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes, o los de uno de aquéllos, que son imprescriptibles; quedando, en cambio, fuera de este régimen las acciones fundadas en las causas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 12ª y 13ª que podrán ejercitarse mientras



subsista el estado de hecho que las motiva; de donde se deduce que la separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, una vez ya constituida no puede ser invalidada por ninguna clase de requerimientos de un cónyuge al otro, sino que sólo podrá hacerse cesar mediante el ejercicio de acciones efectivas que repongan al matrimonio en la unidad de domicilio": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1640-.

Según señala, a su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1631-, no puede equipararse el acto conciliatorio al requerimiento judicial señalado en el inciso segundo del párrafo segundo del artículo octavo de la Ley de Divorcio a los efectos de interrumpir la prescripción de las acciones en materia de divorcio:

"... Que así bien se hace preciso puntualizar la ineficacia del acto conciliatorio a los efectos de ininterrumpir la prescripción de las acciones en materia de divorcio, pues aparte su palmaria inaplicación en este caso, tanto por continuar separados los cónyuges como por no haberse reproducido la pretensión en la demanda principal que se limitó al sólo extremo de reclamar la administración de los productos de los bienes de parafernalia por conceptuarlos como gananciales sin hacer mención de la falta de convivencia de dichos esposos, ni invitar al restablecimiento de la armonía conyugal; nunca puede equipararse dicho acto conciliatorio al requerimiento judicial señalado por la ley para otros efectos, ni en la materia caben interpretaciones análogas extensivas ni restrictivas según tiene establecido este Tribunal Supremo, sino que sus preceptos se ha de entender en su recto sentido gramatical y lógico del que notoriamente se ha separado el Tribunal "a quo" al dar un valor que la ley no atribuye al simple acto conciliatorio, que evidentemente carece de virtualidad para destruir la situación de hecho creada con la separación durante más de tres años, y que ni siquiera fue revalidado en la demanda que en su virtud fue producida".

(670) "... Que reconocida en la sentencia impugnada en revisión la realidad de los malos tratos del demandado para con la actora, determinantes de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio como una de las alegadas por doña A.M.C. en su demanda contra su marido don P.H.W., para solicitar la separación de personas y bienes entre los cónyuges, es inaudible la procedencia del recurso por dicha señora promovido, por cuanto la revisión de la prueba acreditada que fue depositada por el Juzgado el día 13 de enero de 1930 en el domicilio de su madre para promover demanda de divorcio ante el Tribunal eclesiástico correspondiente; y aunque no consta en autos que la presentada el 22 siguiente fuese admitida, es lo cierto que desde aquella fecha subsistió entre los esposos un estado de separación de hecho que el Juzgado de Primera Instancia, de Sevilla, reconoció en su providencia de 16 de enero de 1933, admitiendo la demanda de divorcio, y como los plazos de prescripción marcados en el párrafo primero del artículo octavo de la Ley de Divorcio no corren mientras los cónyuges viven separados según dispone el mismo precepto legal en su segundo párrafo, ni de los autos aparece siquiera que el demandado o Fiscal en algún momento del trámite excepcionaren a la demanda la prescripción de las acciones en ella ejercitadas, es obvio que al estimarla de oficio la Audiencia de Sevilla, aplicando indebidamente el mencionado artículo 8º de la Ley de Divorcio en relación con la disposición transitoria 7ª de la misma a un supuesto hecho contrario del que en los autos se aprecia, incidió en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 en que el recurso se apoya, y por ello procede estimarlo dando lugar a la separación pretendida por culpa del marido demandado": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2157-; "... Que la excepción de prescripción de la acción no puede aceptarse tampoco en la forma que ha sido propuesta como un motivo de revisión, porque esta excepción para ser invocada con éxito tuvo que proponerse al contestar la demanda, y luego en trámite de prueba practicar la pertinente a su demostración y sólo así pudo después en la sentencia ser tratada como cuestión previa a la de fondo para aceptarla si procedía o rechazarla en caso contrario; y sólo cuando se hubiera resuelto esto último, y a juicio del recurrente esta decisión fuera contraria a la ley, sería el momento de plantear en recurso de revisión el problema; pero lo que no es viable en buenos principios de ortodoxia procesal,

es traer como materia de revisión si se hallaba o no prescrita la acción ejercitada en el pleito cuando se promovió la demanda sin haber sido tratado en todo el curso de la litis": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 245-.

Cfr., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 488-, 24 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2189-, 6 de marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 504- y 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1524-.

### 8.3. Reconciliación de los cónyuges:

Disponía el artículo décimo de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: "La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del Juez que entienda en el litigio. cuando la solicitud de divorcio estuviera fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo, sin justa causa, hasta después de transcurridos dos años" (671):

Conforme a lo preceptuado en el artículo décimo de la Ley de Divorcio "la reconciliación pone término al juicio de divorcio o separación", lo que claramente revela la existencia de un juicio de divorcio o separación que forzosamente queda terminado por tal reconciliación, lo que es imposible que ocurra si el juicio no se ha instaurado (672). Para que la reconciliación surta efectos legales señala este artículo una exigencia formal, cual es la de que por "los cónyuges se ponga tal reconciliación en conocimiento del Juez que entienda en el litigio", como modo de extinguirse el procedimiento (673); para que la reconciliación de los esposos con posterioridad a la apertura del juicio surta efectos legales a los efectos del artículo décimo de la Ley de Divorcio debe, pues, solicitarse el sobreseimiento del proceso mediante súplica perentoria en que se alegue especialmente la existencia de la reconciliación (674).

Es necesario distinguir el perdón, que extingue toda clase de acciones (675), y la reconciliación, que pone término al juicio de divorcio o separación, pues mientras aquel se otorga con anterioridad al ejercicio de la acción de divorcio o separación, ésta pone término al juicio de divorcio o separación y iniciado siempre y cuando los cónyuges pongan tal reconciliación en conocimiento del Juez que entiende en el litigio.

En su inicio último, concluye este artículo décimo de la Ley de divorcio señalando que "cuando la solicitud de

divorcio -o separación, en su caso- estuviera fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo, sin justa causa, hasta después de transcurridos dos años".

(671) Artículo 10 del proyecto de ley de Divorcio y 9 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio.

Un voto particular del Sr. Martínez Moya al artículo noveno del dictamen proponía la sustitución del párrafo segundo del mismo por este otro:

"Cuando la solicitud de divorcio o la reconvención, en su caso, se fundasen en el conato de uno de los cónyuges para corromper a los hijos o prostituir a las hijas, en su connivencia para la corrupción o prostitución o en la comisión de delito contra la vida de los hijos comunes o de los que alguno de ellos, deducirá testimonio de lo que afecte a tales hechos por si hubiere lugar a llevar a efecto lo dispuesto en el artículo 169 del Código civil, poniéndolo en conocimiento del Ministerio fiscal, que ejercerá el cargo de defensor de los menores mientras no se provea a la designación de este cargo o de tutor, en su caso, en la forma que señalan los artículos 165 y 211 de dicho código" (Cfr. diario de Sesiones, tomo VI, p. 3841):

En su apoyo del voto particular por él suscrito, señala el Sr. Martínez Moya que el mismo tiende a suplir una diferencia padecida en el texto del artículo que se discute, por cuanto que en el divorcio no se ventila sólo la cuestión que afecta a la vida íntima conyugal, a la relación personal entre los cónyuges, sino que hay alguien que puede ser víctima inocente de la voluntad caprichosa de los padres, que son los hijos, y en garantía del derecho de los hijos, tanto en el aspecto de su hogar como en el de su vida, está pensando este voto particular, para que los hijos no sean víctima de la reconciliación de los padres cuando el divorcio se ha fundado en las causas señaladas en dicho voto particular:

"... Sres. Diputados, tiende este voto particular a suplir una diferencia parecida, a mi juicio, en el texto del artículo que discutimos.

El artículo noveno del dictamen dice que la reconciliación pone fin al juicio de divorcio. Si en el divorcio no se discutiese más cuestión que aquella que afecta a la vida íntima conyugal, a la relación personal entre los cónyuges, el texto del dictamen estaría bien; pero hay alguien que puede ser víctima inocente de la voluntad caprichosa de los padres, que son los hijos, a los que hay que procurar garantizar, impidiendo que se le causen daños manifiestos. Claro es que cuando el divorcio se funda en la convivencia espiritual de los cónyuges, en malos tratamientos, si aquéllos se reconcilian y ponen fin a las disensiones que entre ellos medien, los hijos no son víctima mas de ninguna consecuencia por la reconciliación; pero el divorcio puede fundarse en que el padre o la madre hayan tratado de prostituir a las hijas o de corromper a los hijos, o puede fundarse en que los padres hayan atentado contra la vida de los hijos comunes, y en este caso la reconciliación de los padres no puede servir de fundamento para que queden estos sometidos a la autoridad de ambos padres, expuestos a que persistan éstos en el propósito de prostituir a las hijas, de corromper a los hijos o a que puedan volverse a producir delitos contra su vida o su seguridad.

Pues bien, en el voto particular que sostengo se propone que los padres puedan reconciliarse y se ponga fin al juicio de divorcio (ese es un derecho de los padres que el juzgador puede otorgar); pero que, a los efectos del artículo 169 del Código civil, que es el que priva de la patria potestad a los padres, el juez deberá deducir testimonio, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio fiscal para que a estos hijos se les provea de defensor de menores o de tutor, si ha lugar, y se prive a los padres de la patria potestad por consecuencia de los hechos delictivos que hayan realizado contra el honor o la vida de estos hijos comunes.

Esta es la finalidad del voto particular, que tiende a impedir que la voluntad de los padres salga de la órbita que les corresponde y penetre en el sagrado derecho de los hijos, que está por encima de la voluntad de los padres, los que pueden, en un momento determinado, poner fin al juicio de divorcio con su reconciliación y permanecer los hijos

sujetos a la amenaza que significaría el conato de los padres de corromper la dignidad de los hijos, prostituir a las hijas y atentar contra la vida de éstos.

Ruego a la Cámara que, en garantía de los derechos de los hijos, por los que vela principalmente el proyecto en toda su extensión y finalidad, acepte este voto particular, que tiende a reparar un olvido padecido al tiempo de redactar este proyecto y que tiene extraordinaria importancia para garantizar a los hijos, tanto en el aspecto de su honor como en el de su vida".

Las razones que, en nombre de la Comisión, expone el Sr. del Río para rechazar el voto particular suscrito por el Sr. Martínez Moya se fundan en no ser la Ley de Divorcio, que se refiere a las relaciones conyugales, lugar apropiado para resolver, que se refiere a las relaciones conyugales, lugar apropiado para resolver cuestiones de cumplimiento de deberes en las relaciones paterno-filiales, sin dejar, por ello, de reconocer la finalidad que inspira el voto particular del Sr. Martínez Moya:

"... Muy brevemente, para alegar escuetamente las razones en que se funda la Comisión para no admitir el voto particular de nuestro querido compañero Sr. Martínez Moya. No es que dejemos de reconocer que deba atenderse a aquella necesidad a que el voto particular se refiere; lo que entiende la Comisión es que la sanción que merecen los actos de prostitución o corrupción de los hijos sale fuera de la órbita de la Ley de Divorcio y entra dentro de nuestro Derecho ordinario, del código penal, de los Tribunales tutelares, del Código civil, etc. La Comisión no cree que en la Ley de divorcio se deban resolver cuestiones de cumplimiento de deberes en las relaciones paterno-filiales, sino que la Ley de Divorcio tiende a resolver cuestiones de relaciones conyugales, y creemos que no debe tender a hacerse eco de las dificultades que puedan surgir en las relaciones paterno-filiales, distintas del fin de este proyecto. En este sentido, y sin dejar de reconocer la finalidad que inspira el voto particular, no podemos aceptarlo, sin perjuicio, naturalmente, de que se ejerciten las acciones que sean pertinentes a la defensa de los hijos, pero por otras vías, y que se impongan las sanciones procedentes. Lo que no puede ser es que en esta Ley, que se refiere a las relaciones conyugales, se dé entrada a algo extraño a la misma una vez que los cónyuges ya estén de acuerdo".

No conforme con las razones del Sr. del Río por entender que en el proyecto que se discute hay apartados y preceptos que se refieren a las garantías de las personas y derechos de los hijos, interviene de nuevo en turno de rectificación el Sr. Martínez Moya insistiendo en su postura:

"... Para manifestar que no me han convencido los razonamientos del Sr. del Río respecto a mi voto particular. Lo que dice sería cierto en el supuesto de que en el texto del dictamen y del proyecto aceptado por la Comisión no hubiese ninguna referencia a los derechos y garantías de los hijos en caso de divorcio; pero hay apartados y preceptos en la ley que se refieren a las garantías de las personas y derechos de los hijos, que no deben ser víctimas nunca de los actos de sus padres. Y como en el caso de la reconciliación de los padres se pone fin al juicio de divorcio, sin que se haya llegado a probar lo alegado ni, por tanto, a adoptar ninguna de las medidas que se establecen en la ley en previsión y garantía de los derechos de los hijos, yo creo que, aunque sea una reproducción de los preceptos del Código civil, no se daña con ello a nadie y, en cambio, se evita que se pueda alegar después que el hecho de la reconciliación ha cerrado las puertas al ejercicio de las acciones que establece el Código.

Lo que propongo es sólo reproducir los preceptos del Código civil; consignar en esta ley esas prevenciones para evitar que en su día queden desamparados los derechos de los hijos en lo referente a su honor y a su vida".

Interviene a continuación en la discusión del voto particular suscrito por el Sr. Martínez Moya el Sr. Gomariz, de la Comisión, para rogar a aquél, aparte las razones alegadas por el Sr. del Río, retirase su voto particular en este momento, pudiendo reproducirlo en el capítulo de esta ley que hace referencia a los efectos del divorcio en la persona de los hijos, discutiéndose entonces a fondo el asunto, no interpolando así en la parte de esta ley que hace referencia a los derechos de los cónyuges garantías referentes a los hijos, que están en otro lugar, ruego que se rechaza por el Sr. Martínez Moya con las siguientes razones:

"Sr. MARTINEZ MOYA: No puedo yo en este momento retirar este voto particular que garantiza los derechos de los hijos, porque después tengo otro voto particular proponiendo que se mantenga el texto del artículo 12 del dictamen, en el cual se dice que no podrá celebrarse nuevo matrimonio por los padres que hayan sido objeto de sanción de divorcio por las causas de prostitución o corrupción o atentado a la vida de los hijos comunes o del otro cónyuge, y la falta de inclusión de este precepto aquí podría significar un argumento que se haría después para no aceptar ese otro voto particular.

Además, es un caso específico de reconciliación. Se trata de prever la hipótesis de que la reconciliación de los cónyuges en estos casos pueda representar un peligro para el honor o la vida de los hijos, cuyos derechos es menester dejar garantidos. Lo único que puede ocurrir, en el supuesto de que la Cámara acepte este voto particular mío, es que cuando se llegue al capítulo que se refiere al derecho de los hijos, se haga la reglamentación, con referencia a este otro voto, que tiene en este sitio su adecuado lugar y su perfecto encaje":

Cierra la discusión de este voto particular el Sr. Gomariz que, insistiendo en las razones ya dadas por el Sr. del Río, estima, aun reconociendo el gran sentido de humanidad en que el mismo se inspira, no ser preciso, ni siquiera conveniente, interpolar una materia ajena en absoluto a la Ley de divorcio, pues en los supuestos a que se refiere el voto particular, en cuanto que el juez advierta el peligro de la corrupción de los hijos, de oficio, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente:

"... No es, a juicio mío especialmente, un motivo para no retirar ahora el voto particular el de que podemos en su día alegar como argumento en contra el que se retire ahora el voto. Pero, además, entrando en el fondo de la cuestión, nosotros creemos que no es preciso, ni siquiera conveniente, interpolar materia ajena en absoluto a la ley de Divorcio; y lo voy a demostrar.

Cuando el juez conoce de un divorcio en que se alega la causa de corrupción de los hijos, reconciliense o no los esposos, ese juez, aparte de jurisdicción propia que le da el conocimiento de la causa de divorcio, tiene otras, como, por ejemplo, la de depositar al hijo que es objeto de esta corrupción, e incluso la de nombramiento de defensor judicial. Además, por la legislación actual, y aún mejor con la que vamos a modificar sobre protección de los menores, puede este juez poner en conocimiento de la autoridad competente esta posible perturbación de la moralidad de los hijos. Por tanto, creemos que no es necesario decirlo aquí involucrando las cosas.

En realidad, la diferencia que nos separa del Sr. Martínez Moya es que no vemos la necesidad de que esto figure en la ley de Divorcio; porque cuando el juez se encuentre con un hecho de posible corrupción, es indudable que lo pondrá en conocimiento de la autoridad competente en la materia.

Reconociendo el gran sentido de humanidad que tiene el voto particular del Sr. Martínez Moya, yo invito a la Cámara a que piense sobre que, una vez alegada la causa de corrupción de los hijos como motivo de divorcio, aunque venga luego la reconciliación, si el juez advierte el peligro de la corrupción de los hijos, pondrá el hecho en conocimiento de las autoridades (El Sr. Ossorio y Gallardo: Pero, ¿podrá tomar esa iniciativa de oficio?) ¿Qué duda cabe, Sr. Ossorio y Gallardo? Yo he creído siempre (y lo sigo creyendo, a no ser que SS.SS. me demuestren lo contrario) que la tentativa de corromper a un hijo es algo que puede perseguirse de oficio (El Sr. Castrillo: Pero hay que decirlo).

No hay que decirlo, Sr. Castrillo, porque se deduce claramente. Es una cosa perfectamente procesal, que todos los jueces conocen y que aquí en la Ley de Divorcio sobra, porque, de lo contrario, a cada artículo tendríamos que añadir: "El Secretario dará cuenta...", etc. Es decir, todos los formulismos habituales":

Sin más discusión fue rechazado este voto particular en votación ordinaria por 74 votos contra 28, aprobándose a continuación el artículo noveno del dictamen (Discusión del voto particular suscrito por el Sr. Martínez Moya: Cfr. Diario de Sesiones tomo VI, p. 3841-3843).

Este artículo era igualmente de aplicación para el supuesto de separación de personas y bienes, pues, según disponía el artículo 37 de la Ley de Divorcio en su párrafo primero, "el ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece

el capítulo II de esta Ley" -Ejercicio de la acción de divorcio": Artículo 4 a 10- (Este párrafo primero del artículo 37 de la Ley de Divorcio coincidía en su redacción con el párrafo primero de los artículos 38 del proyecto de ley de divorcio y 35 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: El artículo 35 del dictamen quedó aprobado por la Cámara sin discusión en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(672) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 480-.

(673) "... Que de la prueba practicada en autos aparece con acusado relieve, la existencia de la causa primera del artículo 39 de la Ley del Divorcio alegada por el actor, como así lo reconoce la Sala sentenciadora, que no obstante desestima la demanda por entender que el adulterio fue consentido por el esposo: Que para llegar a esta conclusión, se funda en que después de presentada aquélla y durante la sustanciación del litigio, los cónyuges vivieron juntos por espacio de unos meses, circunstancias que no denota en verdad la mediación de ese consentimiento, si se tiene en cuenta que en los autos hay abundantes datos justificativos de haber sido en todo instante el marido celoso defensor de su honra, hasta el punto de llevarle ese fervor, al descubrimiento del adulterio, de donde se desprende, que la expresada convivencia no puede tener otro alcance que el de una reconciliación posterior a la demanda, pero sin eficacia en este pleito porque para que ella surta efectos legales, señala el artículo 10 de la citada una exigencia formal en este caso incumplida, cual es la de que por los cónyuges se ponga tal reconciliación en conocimiento del Juez que entiende en el litigio, como modo de extinguirse el procedimiento y en su virtud debe revisarse el fallo de instancia, incurso en injusticia notoria, al no apreciar la causa indicada, declarando la culpabilidad de la esposa": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 735-.

(674) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1474-.

(675) Cfr. en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 490- y 23 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1485-.



Luis Barroso González

TP  
1983

181-II



X-53-383315-8

ESTUDIO Y EXÉGESIS DE LA LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932  
Y ACTUALIDAD DE LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL PRINCIPIO DE INDI-  
SOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

TOMO II

Departamento Estudios Internacionales  
Sección de Ciencias Políticas  
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología  
Universidad Complutense de Madrid  
1983



BIBLIOTECA



Colección Tesis Doctorales. Nº 181/83

© Luis Barroso González  
Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 Madrid-8  
Madrid, 1983  
Xerox 9200 XB 480  
Depósito Legal: M-24891-1983

LUIS BARROSO GONZALEZ

"ESTUDIO Y EXEGESIS DE LA LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932 Y ACTUALIDAD DE LA PRÓBLEMATICA EN TORNO AL PRINCIPIO DE INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO".

DIRECTOR DE LA TESIS: Profesor don JOSE MARTINEZ DE CARVAJAL;  
Catedrático de Derecho Político-Eclesiástico y Relaciones de la Iglesia y el Estado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid.

LUGAR EN QUE SE PRESENTA LA TESIS:

SECCION DE POLITICAS  
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIOLOGIA  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



#### CAPITULO CUARTO

9. La Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932: Del procedimiento de separación y de divorcio:

Ya vimos cómo el artículo segundo de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 vino a consagrar aquella facultad o derecho que a los cónyuges vino a conceder el artículo 43 de la Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 en forma de norma positiva jurisdiccionalmente aplicable, otorgándoles a tal fin dos procedimientos o medios para solicitar la disolución de su matrimonio, uno, el mutuo disenso, regulado por los artículos 63 a 69 de la Ley especial de divorcio, y otro, a petición de cualquiera de ellos con alegación de justa causa, regulado por los artículos 46 a 62 de la citada Ley de Divorcio:

Efectivamente, el capítulo V de la Ley de divorcio regula el procedimiento de divorcio y de separación en tres secciones, la primera, que establece unas disposiciones generales a ambas clases de procedimientos, la segunda, que regula el procedimiento de separación y de divorcio por justa causa, y la tercera, que regula, a su vez, el procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso.

9.1. Del procedimiento de separación y de divorcio:  
Disposiciones generales:

9.1.1. Competencia objetiva por razón de la materia para instruir los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa:

El artículo 46 de la Ley especial de Divorcio dispone que "las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites procesales que fija la Ley de Enjuiciamiento civil en su libro II, título II, capítulo III, salvo las modificaciones que establezca esta Ley", y la primera de estas modificaciones es la relativa a las reglas para determinar la competencia judicial (676).

Delimitada la jurisdicción a la que corresponde el conocimiento de una pretensión (677), es necesario precisar el órgano que, dentro de esa jurisdicción, tendrá atribuida competencia para el conocimiento de tal pretensión: Los artículos 41 y 42 de la Ley de divorcio establecen reglas especiales para determinar este requisito procesal de la competencia judicial para conocer de las demandas de divorcio y de separación:

Dispone el artículo 41 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: "Será juez competente para instruir los procedimientos de separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o de la residencia del demandado. Los que tuvieren domicilio sin residencia fija podrá ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante" (678).

A su vez, el artículo 42 de la misma establece:

"El juez examinará de oficio su propia competencia. Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo establecido en el artículo anterior" (679).

Podemos decir ya que la Ley especial de divorcio de 2 de Marzo de 1932 se pronuncia por el régimen de instancia única como norma a seguir en los pleitos de separación y de divorcio por causa justa, fijando dos fases distintas en el procedimiento de instancia única en que la misma se basa, la fase de instrucción ante los Jueces de Primera Instancia, a quienes viene atribuida la competencia objetiva por razón de la materia para "instruir" los procedimientos de separación y de divorcio conforme a las reglas especiales de competencia territorial que estudiaremos a continuación, y la fase de resolución en única instancia ante un Tribunal colegiado (680): Excluidos los casos de sumisión expresa o tácita de que se tratan

los artículos 56 a 61 de la Ley de Enjuiciamiento civil por el inciso segundo del artículo 42 de la Ley especial de Divorcio, se siguen en cuanto al fondo de las siguientes reglas de competencia territorial recogidas en el artículo 41 de la misma (681):

a) Será juez competente para "instruir" los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa el de Primera Instancia "del lugar del domicilio conyugal":

El artículo 41 de la Ley de Divorcio al hablar del "domicilio conyugal" como base para determinar la competencia judicial se refiere, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, al domicilio real o de hecho de los cónyuges: La noción de domicilio, referida al artículo 41 de la Ley de Divorcio, radica, según términos de esa misma doctrina jurisprudencial, en la sede donde se localizan las actividades sociales y jurídicas del matrimonio a los efectos del mejor cumplimiento de sus fines (682).

b) En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente para "instruir" los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa, a elección del demandante, el de Primera Instancia "del último domicilio del matrimonio" o "de la residencia del demandado":

A falta de criterio visto en el apartado anterior, el artículo 41 de la Ley de Divorcio otorga al cónyuge demandante un derecho de opción para formular la demanda de divorcio o separación, en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, ante el Juez de Primera instancia del último domicilio del matrimonio (683) o el de la residencia del demandado (684).

Según la doctrina del Tribunal supremo, el artículo 41 de la Ley de Divorcio al hablar de "domicilio conyugal" actual y del "último domicilio del matrimonio", como bases para deter-

minar la competencia judicial, se refiere al domicilio real y de hecho y no ha podido ni querido aludir al domicilio legal que cupiera atribuir a la mujer a virtud de la aplicación del artículo 64 de la Ley de enjuiciamiento civil (685), pues si este último precepto pudiera tener beligerancia en esta clase de juicios, siempre habría un domicilio matrimonial único y sería absurda la opción que el citado artículo 41 concede en su segundo inciso al actor, el el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, para plantear la demanda ante el Juez del último domicilio o el de la residencia del demandado (686).

c) Conforme al último inciso del artículo 41 de la Ley de divorcio, el cónyuge que tuviere domicilio sin residencia fija podrá ser demandado, a elección del demandante, en "el lugar en que se halle" o en el "de su última residencia":

Esta opción no anula el derecho del cónyuge demandante para formular la demanda de divorcio o separación ante el Juez de Primera Instancia del "último domicilio del matrimonio" cuando éste no coincida con el "del lugar en que se halle el cónyuge que tuviere domicilio sin residencia fija" o "donde éste hubiera tenido su última residencia": Al no tener en este supuesto de que trata el último inciso del artículo 41 de la Ley de divorcio el cónyuge demandado residencia fija, se complementa en dicho inciso del referido precepto la opción que en su inciso segundo al actor para formular la demanda de divorcio o separación, en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, ante el Juez de Primera Instancia del último domicilio del matrimonio o "el de la residencia del demandado".

d) El Juez instructor ha de examinar de oficio y fijar en definitiva con arreglo al artículo 41 de la Ley de Divorcio su propia competencia para conocer del pleito, siendo nulos los acuerdos de las partes que pretendan alterar lo dispuesto en dicho precepto legal:

Según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, atribuida al Juez instructor del pleito por el artículo 42 de la Ley especial de Divorcio el examen y consiguiente declaración de su competencia, es consecuencia natural que esa fijación alcance a las dos fases del procedimiento -instrucción y resolución-, sin que tal situación pueda ser modificada de oficio por la Sala en tanto no le sea sometida la cuestión por alguna de las partes litigantes o por el Ministerio Fiscal, bien en trámite de instrucción o en la vista, pues sin tal pedimento el interés público está a cubierto y amparado por el artículo 42 de esta Ley, de donde se deducen las siguientes consecuencias:

1º: Que al ser aplicable a los pleitos de divorcio o separación conforme al artículo 46 de la Ley especial de divorcio el artículo 687 de la Ley de enjuiciamiento civil (687), es obvio que la parte demandada ha de proponer las excepciones que tenga a su favor en su contestación a la demanda y si formula se en ella reconvencción la contestará el actor dentro del plazo improrrogable de diez días -artículo 50 de la Ley de Divorcio, que modifica el término establecido en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil-; de donde se deduce que, si la parte demandada no propuso al contestar la demanda o en su demanda reconvenccional la excepción de incompetencia del Juzgado instructor, no ha de serle lícito sorprender en el acto de la vista ante la Audiencia al Tribunal y a la parte actora con el planteamiento in voce de una cuestión nueva.

2º: Que fijada por el Juez instructor su propia competencia, sin que en todo el procedimiento las partes litigantes o el Ministerio Fiscal opusieren nada en contrario de la competencia aceptada por el Juez, no es posible que la Sala tenga facultad de promover de oficio una cuestión de competencia en asunto civil cuando el artículo 74 de la Ley de enjuiciamiento civil, aplicable al procedimiento de menor cuantía por que se regula el de divorcio, en ningún caso lo consiente (688), y, en este sentido, las sentencias del tribunal supremo de 29 de diciembre, de 1933, 28 de Mayo de 1934, 31 de Octubre de 1934 y 9 de Enero de 1936 (689).



3º: Que admitida a trámite la demanda por el Juez instructor, la parte demandada podrá oponer en su escrito de contestación o reconvención la excepción de incompetencia del Juzgado para instruir el procedimiento de que se trate y, en su caso, reproducir esta excepción en el acto de la vista ante la audiencia: si la Sala declara su competencia, resolviendo sobre el fondo, contra esta sentencia del Tribunal "a quo" se podrá interponer por la parte que propuso esta excepción recurso de revisión ante el Tribunal supremo por incompetencia del Juez instructor y de la Sala para instruir y resolver respectivamente el pleito -causa 1ª del artículo 57 de la Ley de divorcio-; si la Sala; absteniéndose en su fallo de resolver sobre el fondo, se declara incompetente, contra esta sentencia del Tribunal "a quo" se podrá interponer por la parte perjudicada recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal de instancia, habiéndose de resolver el Tribunal supremo si es o no competente dicho Tribunal para dictar la sentencia de fondo con arreglo a las normas del artículo 41 de la Ley especial de Divorcio, y puesta de relieve, en su caso, la injusticia notoria de la sentencia al declararse incompetente, se remitirán al Tribunal de instancia los autos para que dicte en cuanto al fondo la resolución que estime procedente.

¿Podrá promoverse cuestión de competencia por inhibitoria o declinatoria?: Según doctrina del Tribunal Supremo interpretando el sentido y alcance de los artículos 42, 44 en su último inciso y 47 de la Ley de divorcio en relación con el artículo 57 de la misma, por la índole especial del procedimiento a que han de ajustarse los pleitos de divorcio y de separación, no pueden suscitarse en su tramitación contiendas jurisdiccionales por inhibitorias ni por declinatorias, por hallarse reservada la sustanciación y resolución de tales cuestiones al Tribunal Supremo en el oportuno recurso de revisión (690). No obstante esta doctrina, en la práctica vinieron a promoverse por los interesados cuestiones de competencia por los dos medios que establece el párrafo primero del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inhibitoria y por declinatoria:

Mediante la inhibitoria se acude al Juez que se estima competente para instruir el procedimiento de separación o de divorcio, poniendo en su conocimiento que otro Juzgado distinto al que se estima incompetente tramita una demanda de divorcio o separación, solicitando del que se estima competente requiera al considerado incompetente se abstenga de su conocimiento y remita al requirente lo actuado (691): Esta posibilidad de promover en los pleitos de divorcio y de separación cuestiones de competencia por inhibitoria vino a reconocer implícitamente por el Tribunal Supremo al decidir estas contiendas jurisdiccionales por inhibitorias cuando, conforme al artículo 99 de la Ley de Enjuiciamiento civil (692), le correspondía a este Supremo Tribunal dirimir las, y así, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1932 y 10 de Julio de 1934 (693).

Mediante la declinatoria se acude al Juez que se estima incompetente para instruir el procedimiento de separación o de divorcio, a fin de que se abstenga del conocimiento del asunto y remita lo actuado al que el solicitante estima competente (694): Esta posibilidad de promover en los pleitos de divorcio y de separación cuestiones de competencia por declinatoria vino a reconocer implícitamente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de Enero de 1936 que en sus Considerandos alude a una supuesta demanda incidental del marido para promover cuestión de competencia por declinatoria conforme a los artículos 72 y 79 de la Ley de Enjuiciamiento civil, negando el Juez su admisión (695).

---

(676) Las reglas generales para determinar la competencia contenidas en los artículos 56 a 70 de la Ley de Enjuiciamiento civil se entienden, conforme señala el artículo 71 de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto para casos especiales.

(677) Ya vimos como el poder civil, por Decreto de 3 de Noviembre de 1931 había ya vindicado para si las funciones de soberanía relativas al orden jurisdiccional, otorgando a los Tribunales ordinarios competencia única para conocer, con efectos civiles de las demandas de divorcio -"divortium quoad thorum et cohabitationem"- y nulidad de matrimonio, cualquiera que fuera la forma de su celebración, civil o canónica: El otorgamiento a los Tribunales ordinarios de competencia única para conocer con efectos civiles de las demandas de separación y de divorcio queda establecido de manera clara en el artículo 1º de la Ley de Divorcio, ya estudiado.

(678) A su vez, los artículos 42 del proyecto de ley de Divorcio y 39 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio establecían:

"Será el juez competente para conocer en las causas de separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante".

La redacción definitiva de este artículo 41 de la Ley de divorcio se debe a su voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 39 del dictamen en que proponía la siguiente redacción del mismo:

"Será juez competente para instruir los procedimientos de separación y de divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el de la última residencia del matrimonio o del domicilio del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante" (Cfr. Diario de Sesiones Apéndice 3º al NUN. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NUN. 119-, la Comisión acepta el voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo, alterándole un sólo párrafo y diciendo: "El último domicilio del matrimonio o la residencia del demandado"; es decir, cambiando los términos de residencia que se atribuyen en el segundo inciso: Aceptada por el Sr. Fernández Clérigo esta variación del voto particular por él suscrito, pasa a ser nuevo dictamen, que sería, en definitiva, el aprobado por la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, P. 3917 ss).

A continuación fue desechado por la Cámara un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) en que proponían se adicionara al texto del artículo 39 del dictamen el siguiente párrafo: "En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el del domicilio del mismo o el de la última residencia que hayan tenido los cónyuges" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUN. 106, y Tomo VI, p. 3917).

A continuación, se pasó a discutir una enmienda del Sr. Gasset en que se proponía la siguiente redacción del artículo 39 del dictamen:

"Será juez competente para conocer de los pleitos de divorcio y separación el de primera instancia del lugar donde hayan vivido ambos cónyuges en los dos últimos años. Si dicho domicilio hubiera variado, lo será el anterior a los dos últimos años, a menos que otra cosa convinieran ambos cónyuges. Si en dichos dos últimos años el marido y la mujer hubieran vivido separados, la competencia se regulará por el domicilio del demandado" (Cfr. Diario de Sesiones, apéndice 3º al NUN. 109):

En defensa de la enmienda por él suscrita expone el Sr. Gasset el propósito de la misma, en la que se señala, en defensa de cualquiera de los cónyuges, pero principalmente en defensa de los intereses de la mujer, que si el domicilio ha sido el mismo en los dos últimos años, que sea juez competente para entender en el pleito el del domicilio de ambos cónyuges, pero si, por el contrario, ese domicilio hubiera cambiado en los dos últimos años, es decir, en un período en que ha podido haber ya la intención de cambiarlo en busca de una sentencia favorable, en ese caso el juez competente será, no el del domicilio en aquel momento, sino el del domicilio de hace dos años, evitándose así que cualquiera de los cónyuges principalmente la mujer, baya seguido a su marido en el domicilio que éste tenga por conveniente fijar, domicilio que muchas veces puede ser fijado falsamente y se encuentre con que tendría que sostener un pleito de divorcio, como demandante o demandada, en aquel domicilio que previamente hubiera elegido el marido y que pudiera ser muy conveniente a fin de que pudiera servirle como apoyo para entablar en él la demanda:

"... Sres. Diputados, las disposiciones que regulan la materia de la competencia del artículo 39 pueden tener extraordinaria importancia para los litigantes, y por eso me he permitido presentar esta enmienda, que creo ofrece a los mismos una mayor seguridad que lo que la Comisión había propuesto y que lo que últimamente ha aceptado la propia Comisión.

Dejo a un lado los peligros que para todo litigante suponga la parcialidad de un juez o del medio ambiente en que se desenvuelva un pleito, y voy a ocuparme únicamente de aquellos motivos que se dan en todos los casos, y que son éstos: mayor o menor dificultad

en los litigantes para tener abogado y procurador de su confianza y para valerse de testigos y de peritos, si el pleito no se sigue en el lugar de su residencia; es esto de toda importancia, que todos cuantos tienen muchos asuntos judiciales, o pueden tenerlos, cuidan muy bien de establecer en sus contratos qué jueces deben entender en las demandas que entablen, y así, por ejemplo, los Bancos, las empresas periodísticas, las Compañías de seguros y aquellas otras de carácter mercantil que vendan muchas clases de mercancías, fijan siempre ésta cláusula. Ello se explica por esas dificultades a que antes me refería.

Tratándose de cuestiones de competencia en general, la ley de Enjuiciamiento civil señala, cuando se ejercitan acciones personales, el domicilio del demandado, salvo casos excepcionales; pero yo ruego a la Comisión que fije su atención en este punto: que en los casos de divorcio es completamente distinta la base de la competencia, porque la mujer tiene su domicilio legal en el sitio en que lo fija el marido, y aun cuando nuestra Constitución atribuye iguales derechos civiles y políticos a la mujer que al hombre, seguramente transcurrirá mucho tiempo hasta que este principio se desenvuelva en todas las leyes, y, sobre todo, que la mujer, por su modo de ser, tardará con seguridad muchos años en poder luchar contra el hombre en la vida pública. Y así se dará el caso (sobre el que vuelvo a llamar la atención de la Comisión) de que una mujer que quizá no sospeche que contra ella trata de entablarse demanda de divorcio, o que esté muy lejos de su propósito entablarla, seguirá al marido en el domicilio que éste tenga por conveniente fijar, domicilio que muchas veces puede ser fijado falsamente, puesto que basta la obtención de un destino público o una simulación de domicilio en una población determinada para adquirir allí vecindad y llevar a su mujer a esa propia vecindad. Entonces se daría el caso, verdaderamente triste para la mujer, de que tendría que sostener un pleito de divorcio como demandante o demandada, en aquel domicilio que previamente hubiera elegido el marido y que pudiera ser, por cualquiera de las razones que al principio apuntaba, muy conveniente para él.

¿Es difícil salvar esta dificultad? Seguramente se salva, en parte, en el voto particular aceptado por la Comisión; pero creo que no es bastante, porque hay necesidad de señalar, digámoslo así, como un límite que sirva de defensa a cualquiera de los cónyuges, pero principalmente a la mujer. Por eso en la enmienda había señalado el plazo de dos años, y decía: "Si el domicilio ha sido el mismo en los dos últimos años, que sea el del domicilio de ambos cónyuges el juez competente para entender en el pleito; pero si, por el contrario, ese domicilio hubiera sido cambiado en los dos últimos años, es decir, en un periodo en que ha podido haber ya la intención de cambiarlo en busca de una sentencia favorable, en ese caso el juez competente será, no el del domicilio en aquel momento, sino el del domicilio de hace años".

Creo que ha explicado perfectamente mi propósito, y como no quiero molestar más a la Cámara ni a la Comisión, únicamente encomiendo a la consideración de ésta que acepte de la enmienda aquello que estime racional, sobre todo en defensa de los intereses de la mujer".

Por entender que los peligros que el Sr. Gasset intenta prevenir con su enmienda vienen a solucionarse ya en el voto particular del Sr. Fernández Clérigo aceptado con una pequeña variación por la Comisión, el Sr. Salazar Alonso, en nombre de la Comisión interviene en la discusión de la misma, oponiéndose a su aceptación:

"... Sentimos no poder admitir la enmienda defendida por el Sr. Gasset. No es porque no la estimemos fundada, pues los peligros que señalaba S.S. eran aquellos que veía el Sr. Fernández Clérigo y que no movieron a aceptar su voto particular; pero, lo interesante es poder evitar que, por falta de competencia ante una indeterminación de domicilio, una duplicidad de domicilio o una residencia buscada de intento, pudiera haber un litigante coartado en el ejercicio de su derecho. Por eso, nosotros aceptamos la fórmula del Sr. Fernández Clérigo que subvenga a esa necesidad, pero, puestos a redactar una ley, queremos buscar la ley clara, sin determinados casos, sin hipótesis ni soluciones alternativas y nos parece de redacción más clara, aunque de efecto idéntico a los que pretende el Sr. Gasset, este voto particular que hoy es dictamen, que dice: "En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandan

te (no le privamos de esta facultad), el del último domicilio del matrimonio o la residencia del demandado". Tiene el demandante una posibilidad de elegir aquella jurisdicción que más se acomode al ejercicio de su derecho, que es lo que hace el Sr. Gasset al decir: "Si dicho domicilio hubiera variado (porque reitero que el principio de la enmienda del Sr. Gasset es el principio del voto particular), si dicho domicilio hubiera variado, lo será el anterior a los dos últimos años, a menos que otra cosa convinieran ambos cónyuges. Si en dichos dos últimos años el marido y la mujer hubieran vivido separados, la competencia se regulará por el domicilio del demandado", y nos pareció a todos preferible esta norma clara, terminante y que, en definitiva, viene a solucionar aquellos conflictos que al Sr. Gasset se le presentaban cuando redactaba su enmienda.

Vea, pues, el Sr. Gasset cómo, con todo cariño, como él merece, desde luego, hemos estudiado su enmienda, cuyo espíritu está incrustado hoy en el dictamen después de aceptado el voto particular del Sr. Fernández Clérigo:

Para el Sr. Gasset, la fórmula del Sr. Fernández Clérigo, si bien prevé con acierto el caso en que el domicilio de ambos cónyuges no sea el mismo, no aclara el caso en que, cualquiera de los cónyuges, principalmente la mujer, haya seguido a su marido en el traslado de domicilio, domicilio que puede ser fijado falsamente, y se encuentre con que tendría que sostener un pleito de divorcio, como demandante o demandada, en aquel domicilio que previamente hubiera elegido, quizá fraudulentamente, el marido:

"... Para rectificar brevemente. He dicho antes que estimaba más acertada la redacción del voto particular aceptado por la Comisión que la primitiva redacción del dictamen. Yo creía que hacía falta algo más; porque el voto particular prevé con acierto el caso en que el domicilio de ambos cónyuges no sea el mismo, y en este caso el demandante puede optar o entre el del demandado o el que fuera el último domicilio de ambos. Por ahí está salvada la dificultad, pero siempre queda el peligro para el caso que yo anunciaba; esto es, que cualquiera de los cónyuges, principalmente la mujer, haya seguido a su marido, creyendo que el traslado de domicilio nada implicaba o que, sin haber realmente trasladado de domicilio, se haya simulado un traslado y, en este caso, como la mujer no ha abandonado a su marido y ha seguido viviendo con él, se encuentre éste con que podrá aceptar únicamente el del lugar donde antes vivían o precisamente el domicilio procurado de un modo ilegal a fin de que pudiera servirle como apoyo para entablar en él la demanda. De modo que podía muy bien añadirse un apartado en el propio artículo tal como ha sido redactado nuevamente, dando así satisfacción a esta propuesta mía":

Antes de procederse a la votación de la enmienda, el Sr. Gasset la retira (Discusión de la enmienda del Sr. Gasset: Cfr. diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3917-3918); aprobándose a continuación sin más discusión el artículo 39 del dictamen en su nueva redacción dada por la Comisión tras aceptar el voto particular del Sr. Fernández Clérigo (Cfr. diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3918-3919).

(679) Artículo 43 del proyecto de ley de Divorcio y 40 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: Este artículo 40 del dictamen quedó aprobado sin discusión en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NUM. 119- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919).

(680) Dispone el artículo 1º de la Ley de enjuiciamiento civil: "El que haya de comparecer en juicio, tanto en asunto de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria, deberá verificarlo ante el Juez o Tribunal que sea competente, y en la forma ordenada por esta Ley". A su vez, el número primero del artículo 53 de la citada Ley de enjuiciamiento civil dispone: "Para que los jueces y Tribunales tengan competencia se requiere: 1º Que el conocimiento del pleito o de los actos en que intervengan esté atribuido por la ley a la autoridad que ejerzan".

(681) Dispone el número segundo del artículo 53 de la Ley de enjuiciamiento civil: "Para que los Jueces y Tribunales tengan competencia se requiere: 2º Que les corresponda el conocimiento del pleito o acción con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado".

(682) "... Que la noción de domicilio, referida al artículo 41 de la Ley de 2 de marzo de 1932, radica en la sede donde se localizan las actividades sociales y jurídicas del matrimonio, a los efectos del mejor cumplimiento de sus fines; y demostrada la instalación en Madrid de

la esposa y los hijos comunes, de un modo permanente, para la educación de éstos, a cuya residencia vino el marido y padre respectivo en algunas ocasiones, conviviendo con la familia, según terminante afirmación del mismo recurrente y demostración acabada de la prueba, es menester reconocer una transmutación real y formal del domicilio conyugal, que sirve plenamente para fijar la competencia elegida por la demandante ante los tribunales de esta capital en la causa de divorcio abierta a instancia de aquella; y por lo tanto no procede acoger la causa de revisión que ahora se debate, fundada exclusivamente en el número 1º del artículo 57 de la ley de mérito: Sentencia del Tribunal supremo de 3 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1799-: "... Que se invoca en primer término por el recurrente la causa 1ª del artículo 57 de la ley del Divorcio, relativa a la incompetencia de Jurisdicción del Juzgado de primera instancia actuante, por ser Getafe el lugar del domicilio conyugal, según trata de acreditar por medio de certificación expedida por el secretario del ayuntamiento de dicha villa, con referencia al padrón de habitantes de su Municipio, el día 31 de diciembre de 1930 y no obstante el contenido de tal documento, debe desestimarse la petición que se estudia porque de los autos aparece con toda evidencia que en Madrid y su calle de Iriarte, número 17, residían últimamente y de modo habitual los cónyuges litigantes, teniendo allí de hecho y de derecho su domicilio y por tanto éste, ha de considerarse el legal a los efectos discutidos, llegándose a tal conclusión, por la circunstancia de haber sido emplazado el demandado como vecino de dicha casa, por medio de cédula entregada a la portera de la finca, quien nada alegó en contrario, respecto a la cualidad atribuida a aquél; por la adversión de testigos al interrogatorio y preguntas de la actora y entre ellas muy especialmente la vigésima y por el oficio de la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España obrante al folio 136, donde se asevera que don F.R. es empleado principal de dicha Compañía, prestando servicios en la oficina de estadística de material y tracción establecida en Madrid por lo que es aplicable también al caso debatido, el contenido de los artículos 67 y 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto hace relación, el primero a cuál sea el domicilio de los empleados y señala el segundo el de las mujeres casadas, no separadas legalmente": Sentencia del Tribunal supremo de 20 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2182-:

Una interpretación de esta doctrina del domicilio real o de hecho de los cónyuges puede verse, a su vez, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1463-: La ausencia indefinida del marido del domicilio conyugal por su partida a un país extranjero colocan a la esposa en situación de procurarse medios de vida para proporcionarse el sustento, en busca de los cuales se ve en la necesidad de trasladar su residencia y domicilio en España, y formulada por ella demanda de divorcio ante el Juez donde residía habitualmente dedicada a la prestación de servicios domésticos, el Tribunal de instancia se declara incompetente para entender del asunto, e interpuesto recurso de revisión fundado en la causa 1ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio -"incompetencia de jurisdicción"- se estima el recurso por el Tribunal Supremo por entender que, si desde la partida del marido al extranjero se vió la mujer imposibilitada para recabar su consentimiento y autorización expresa para trasladarse en España de residencia y domicilio por carecer de noticias suyas desde hacía ya mucho tiempo, había de entender que éste lo prestó cuando menos tácitamente y que, por tanto, había de soportar a los efectos del artículo 41 como domicilio del matrimonio el actual de su esposa:

"... Que el artículo 41 de la ley de 2 de marzo de 1932 no prevé en verdad el caso, al efecto de que el Juez determine su competencia, de que el marido demandado hubiere trasladado su residencia al Extranjero como en el de autos ocurre; pero puesto que la ausencia indefinida de su esposo en país tan lejano y la absoluta carencia de noticias suyas desde hace cerca de 18 años, según afirma doña J.P., la colocaron en situación de procurarse medios de vida al quedar el hogar conyugal deshecho, si en busca de ellos tuvo que trasladarse a Gandía y en esta localidad reside habitualmente desde hace años dedicada a la prestación de servicios domésticos para proporcionarse el sustento y es obvio que, desde la partida de su esposo a la Argentina, se ha visto imposibilitada de recabar su consentimiento y autorización expresa para trasladarse en España de residencia y domicilio, habrá de entenderse que don J.A. lo ha hecho tácitamente cuando menos y que ha de reconocer y soportar a los efectos del artículo 41 de la Ley de Divorcio como

domicilio del matrimonio el que su esposa, residente en España, ocupa en Gandía, y estimar por tanto la competencia de la Audiencia de Valencia para conocer de la demanda de divorcio que en dicho Juzgado de Primera Instancia promovió doña J.P. contra su marido: Que en atención a lo expuesto en los precedentes fundamentos procede dar lugar al recurso de revisión interpuesto por doña J.P. y declarar competente a la Audiencia de Valencia para que dicte sentencia de fondo en el asunto que la demanda sometió a su decisión y como consecuencia obligada de lo anterior devolver los autos a dicho Tribunal a fin de que pronuncie respecto de aquél el fallo que estime justo".

(683) "... Que el artículo 41 de la ley indicada establece que en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales será el Juez competente para instruir los procedimientos de separación y de divorcio el de primera instancia del último domicilio del matrimonio, o el de la residencia del demandado, a elección del demandante, y en el presente caso, por las certificaciones acompañadas con la demanda se acredita que el matrimonio tuvo lugar el Santurce-Ortuella, del partido judicial de Bilbao, y que en tal pueblo nació la única hija del matrimonio, viviendo hace años en Bilbao la mujer demandante, no sólo sin oposición del marido, sino con un expreso consentimiento, consignado en unas cartas acompañadas también a la demanda, hechos todos que constituyen principio de prueba suficiente para decidir -a los efectos de la presente cuestión que el último domicilio del matrimonio es Bilbao, cuyo juzgado eligió la mujer para su demanda, y no el de la residencia del marido, en uso del derecho de opción que le otorga el párrafo del artículo 41 mencionado, por lo que debe declararse a favor de Bilbao la presente competencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 674-; "... Que la causa 1ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o sea, la incompetencia de jurisdicción, que se alega en el recurso de revisión por don S.S., es en absoluto inadmisibles, porque, ... en cuanto al fondo, porque habiéndose acreditado documentalmente que la demandada tiene su residencia en esta población, donde fué el último domicilio de los cónyuges, tiene perfecta aplicación el segundo inciso del artículo 41 de la ley citada, que confiere la competencia, en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, al juez del último domicilio del matrimonio o de la residencia del demandado, a elección del demandante": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1352-; "... Que ha procedido con indudable acierto el Tribunal "a quo" al desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, propuesta por el demandado, y declarar que era competente para conocer del pleito el Juez de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife ya que para formar tal criterio ha tenido en cuenta, además de las declaraciones de numerosos testigos y cartas del mismo demandado, la certificación del Ayuntamiento de dicha capital, de la que se desprende que don F.R. habitó con su esposa doña I.W. en la calle de Alvarez de Lugo, de la repetida población, siendo ése el último domicilio del matrimonio, sin que tales pruebas hayan sido desvirtuadas": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1370-; "... Que comprobado por las pruebas de autos, que el último domicilio matrimonial radicó en territorio jurisdiccional del Juez ante el que se promovió el juicio lo cual se acomoda a la regla de competencia que se fija el artículo 41 de la ley de Divorcio, ... es procedente desestimar el recurso formulado al amparo de la causa 1ª del artículo 57 de la repetida ley de divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1108-; "... Que la incompetencia de jurisdicción alegada al amparo del número 1º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, no existe en el caso de autos, por cuanto la actora ejerció la acción contra el demandado hoy recurrente, ante el juez del territorio en que radica el pueblo en que ambos cónyuges tuvieron su último domicilio, lo cual se acomoda al artículo 41 de la citada ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1258-.

(684) "... Que solicitando la actora su depósito y el de sus hijos, a los fines de deducir demanda de divorcio, constando que ambos cónyuges residen en distintos partidos judiciales, y que, el marido demandado, tiene su domicilio en Valencia, sin que se acredite, por ningún medio, cuál fuera el último del matrimonio, al Juzgado de primera instancia de la mencionada población, conforme al artículo 41 de la ley de 2 de marzo de 1932, corresponde conocer la demanda interpuesta en Valladolid, por la actora doña J.A.C.": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1014-.

(685) Dispone el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo primero: "El domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan".

(686) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2166-: Interpuesto por el marido demandado recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" en juicio de divorcio seguido a instancia de la esposa fundado en la causa 1ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, basando la incompetencia del juez instructor y de la Sala de instancia para instruir y resolver respectivamente el pleito en el principio legal de que el domicilio de la mujer es el de su marido, es su recurso desestimado por el Tribunal supremo con base a esta doctrina conforme a la cual el artículo 41 de la citada Ley al hablar del "domicilio conyugal" actual y "del último domicilio del matrimonio", como base para determinar la competencia judicial, se refiere al domicilio real o de hecho y no al domicilio legal que cupiera atribuir a la mujer a virtud de la aplicación del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"... Que el artículo 41 de la Ley de Divorcio al hablar del "domicilio conyugal" actual y del "último domicilio del matrimonio", como bases para determinar la competencia judicial, se refiere al domicilio real o de hecho y no ha podido ni querido aludir al domicilio legal que cupiera atribuir a la mujer a virtud de la aplicación del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si este último precepto pudiera tener beligerancia en los pleitos de divorcio, siempre habría un domicilio matrimonial único y sería absurda la opción que el citado artículo 41 de la ley de 2 de marzo de 1932 concede al actor, en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, para plantear la demanda ante el Juez del último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado: Que, sentada esta premisa, no cabe reconocer virtualidad alguna al motivo primero del presente recurso, que al amparo de la causa 1ª del artículo 57 de la ley especial, pretende fundar la incompetencia del juez y de la Sala de San Sebastián para instruir y resolver respectivamente el pleito, en el principio legal de que el domicilio de la mujer casada es el de su marido y en la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Valencia, acreditativa de que en 15 de septiembre de 1933 se dió de alta en el padrón de habitantes el demandado, en unión de su esposa e hijos, pues es lo cierto que el propio demandado ha quitado a este documento el valor que pudiera tener para probar la existencia de un domicilio real y efectivo, tanto en su escrito de reconvección, donde, en el hecho undécimo, habla de que empadronó a su familia en Valencia, mientras su esposa, rompiendo la unidad familiar, vivía en San Sebastian independientemente, como en la absolución de posiciones, en la que al contestar la pregunta 46, reconoce implícitamente que no han vivido los cónyuges en Valencia, juntos y con casa abierta, y que la mujer sólo ha residido en dicha población de un modo accidental, hospedándose en diversas pensiones, con cuarto separado del de su marido; y como el mero empadronamiento no puede acreditar el domicilio real, frente a otras pruebas más decisivas, es obligado mantener la apreciación justa que de éstas hizo la Sala sentenciadora al sentar que el último domicilio conyugal radicó en la capital donde la demanda ha sido interpuesta".

(687) Dispone el artículo 687 de la Ley de enjuiciamiento civil: "El demandado propondrá en la contestación todas las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias, y el Juez resolverá sobre todas en el sentencia, absteniéndose de hacerlo, en cuando al fondo del pleito, si estimare procedente alguna de las dilatorias que lo impida".

(688) Conforme a lo preceptuado en el inciso primero del párrafo primero del artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento civil, "en ningún caso se promoverá de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles".

(689) "... Que amparándose la parte recurrente en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, para acudir a este Tribunal Supremo en revisión de la sentencia de la Audiencia de Valladolid, que absteniéndose en su fallo de resolver sobre el fondo, se declaró incompetente para conocer del mismo, y teniendo en cuenta que el juez de primera instancia del distrito de la Audiencia de aquella capital admitió la demanda y tramitó el juicio, sin que en todo



el procedimiento hubiese comparecido el demandado, y sin que el Fiscal, personado, alegara nada en contrario de la competencia aceptada por el Juez; situación que no se modificó en la vista ante el Tribunal "a quo"; es evidente la notoria injusticia del fallo recurrido, que además de no estar asistido de un modo grave, carece de fundamento legal, ya que atribuyó al Juez por el artículo 42 de la ley citada el examen y consiguiente declaración de su competencia, es consecuencia natural que la fijación alcance a las dos fases del procedimiento, sin que tal situación pueda ser alterada por la Audiencia más que en el caso de serle sometida a cuestión, bien por la parte demandada personada en autos o por el Ministerio fiscal, en su caso, ya la alegaren en el período de instrucción o en el de vista; pues sin tal pedimento, el interés público está a cubierto y amparado por el artículo 42 citado": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 830- "... Que, determinándose en el artículo 42 de la Ley de Divorcio que el Juez examinará de oficio su propia competencia, es evidente que esa fijación alcanza a las dos fases del procedimiento, y como en el presente caso el juez de primera instancia del Pilar de Zaragoza admitió la demanda y tramitó el juicio hallándose en rebeldía la demandada y sin que el fiscal alegase nada en contra de la competencia aceptada por el juez; situación que consistió en el acto de la vista; es innegable que la Audiencia incurrió en injusticia notoria al desestimar la demanda exclusivamente por falta de competencia, pues ésta que había sido aceptada sin oposición, no debía ser alterada sin pedimento expreso: Que por lo tanto, procede revocar la sentencia recurrida y, como la audiencia no entró a conocer del fondo es pertinente el reenvío de los autos a aquel Tribunal para que dicte el fallo que estime justo": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 922-; "... Que el presente recurso se ampara en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio en razón a que la Sala sentenciadora se abstuvo de resolver en el fondo juzgándose incompetente para conocer del asunto, por estimar que no fue Zaragoza el último domicilio conyugal, sino Barcelona; y como quiera que el Juez de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza, admitió a trámite la demanda, y continuó el juicio en rebeldía del demandado con intervención del Ministerio Fiscal, que nada opuso a la competencia aceptada por aquel Juzgado, situación que tampoco fue modificada en el acto de la vista celebrada ante la Audiencia, en la cual la demandante solicitó que se dictara sentencia acordando haber lugar al divorcio por las causas alegadas en su escrito de demanda, y el Ministerio Fiscal se adhirió en parte a esta pretensión pidiendo que se estimara una de las causas propuestas por la actora, pero no la otra, todo ello pone de relieve la injusticia notoria de que adolece el fallo recurrido por dictar un pronunciamiento carente de fundamento legal, ya que atribuida al Juez por el artículo 42 de la ley citada la declaración de su competencia, la Sala no puede de oficio modificarla, en tanto no le sea sometida la cuestión por alguna de las partes litigantes o por el Ministerio Fiscal, bien en trámite de instrucción o en la vista: Que por lo que queda expuesto procede estimar el recurso de revisión de que se trata y anula el fallo dictado en el presente pleito por el Tribunal sentenciador; declaración que reintegra a dicho Tribunal la competencia para dictar la sentencia de fondo a que fue requerido por la demanda, a cuyo fin se remitirán los autos a dicho Tribunal para que dicte la resolución que estime procedente": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1471-; "... Que el artículo 46 de la repetida Ley dispone que, las demandas de separación y de divorcio se substanciarán por los trámites procesales que fija la Ley de Enjuiciamiento Civil en su libro II, Título II, Capítulo III, salvo las modificaciones que establezca la de dos de marzo de 1932 en que está contenido aquel precepto, y aparte de ser innecesario el acto de conciliación para interponer dichas demandas, la primera de aquellas que el artículo 42 de la Ley de Divorcio ordena es la de que, en vez de determinarse de un modo automático e irrevocable la competencia relativa entre los diversos Juzgados de primera instancia de una población instructores de los procedimientos de separación o de divorcio en la forma que el artículo 59 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone, preceptúa el 42 de la de Divorcio que ha de ser el Juez mismo a quien el Secretario se dé cuenta de los autos quien ha de examinar de oficio y fijar en definitiva con arreglo al artículo 41 anterior su propia competencia para conocer del pleito, siendo nulos los acuerdos de las partes que pretendan alterar lo dispuesto en el mencionado artículo 41 de la Ley de 2 de Marzo de 1932: Que al ser aplicables a los pleitos de divorcio

conforme al artículo 46 de la de 2 de Marzo de 1932 el 687 de la de Enjuiciamiento Civil, es obvio que el demandado ha de proponer las excepciones que tenga a su favor en su contestación a la demanda y si formulase en ella reconvencción la contestará el actor dentro del plazo improrrogable de 10 días, según dispone el artículo 50 de la Ley de Divorcio que modifica el término establecido en el 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; de donde se deduce que, si don Miguel Zayas frente a la demanda de divorcio que promovió su esposa tenía que plantear cuestiones nuevas a discutir con ellas en esos mismos autos, sólo podía legalmente hacerlo, como así lo certificó el Sr. Zayas respecto de las causas de divorcio que alegó contra su cónyuge, en su demanda reconvenccional mas como en ella no propuso la de competencia del Juzgado instructor para que de la misma pudiera hacerse cargo la parte actora, al contestar la reconvencción mencionada, no ha de serle lícito al demandado, sorprender en el acto de la vista ante la Audiencia al Tribunal y al demandante con el planteamiento in voce de una cuestión nueva cuando respecto de las oportunamente suscitadas en los autos quedaron a tiempo cerrados los períodos de discusión y prueba de las mismas, hecho por el Juez el resumen de las practicadas y emitido el informe sobre cuestiones de derecho debatidas en el pleito, con arreglo a lo mandado en el artículo 55 de la Ley de Divorcio; ni es posible tampoco que la Audiencia de Madrid, cuya jurisdicción solo estaba requerida por las partes para conocer y decidir las cuestiones que ante el Juez instructor del pleito plantearon, tuviera la facultad de promover de oficio una cuestión de competencia en asunto civil cuando el artículo 74 de la Ley procesal, aplicable al procedimiento de menor cuantía por que se regula el de divorcio, en ningún caso lo consiente; y aunque en el de Autos la Audiencia de Madrid al dar lugar a su sentencia a una excepción de incompetencia suponga en el fallo que la alegó la representación del demandado, la inexactitud de tal aserto describela al somero examen de los autos puesto que, aun cuando don Miguel Zayas al comparecer como demandado en el pleito pretendió presentar una demanda incidental para promover cuestión de competencia por declinatoria conforme a los artículos 72 y 79 de la Ley de enjuiciamiento civil, el juez denegó su admisión por lo que quedó sin eficacia procesal su vano intento; y como al contestar la demanda dicho señor en 7 de marzo de 1932 lejos de plantear problema alguno de competencia repetidamente señaló en su escrito como domicilio conyugal de los litigantes el piso 3º del número 47 de la calle de Claudio Coello de esta Villa, que fue precisamente el que sirvió de base al Juzgado instructor para fijar de oficio su competencia, notorio es que en vez de haber alegado como equivocadamente dice el fallo recurrido la cuestión de competencia que resolvió el Tribunal "a quo" lo que hizo el Sr. Fallas fué confirmar la que el Juzgado rectamente se había atribuido, de la que es consecuencia directa la que corresponde al Tribunal "a quo" para conocer y fallar el pleito de divorcio entablado entre la esposa doña Maria de la Soledad Alvarez de Estrada y D. Miguel Zayas, y la procedencia por tanto de estimar el recurso de revisión que contra la sentencia dictada por dicho Tribunal en 28 de Diciembre de 1934 interpuso la citada señora conforme a la causa 1ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio por haber declarado una incompetencia que no le alcanza": Sentencia del Tribunal supremo de 9 de enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 48-.

(690) "... Que la índole especial del procedimiento a que han de ajustarse los pleitos de divorcio, obliga a respetar las novedades que en él se ha introducido y que lo caracteriza y distinguen del orden general de enjuiciar, motivadas principalmente por la necesidad de imprimir la mayor rapidez a las actuaciones para poner pronto término a los graves problemas familiares que en tales juicios se plantean, como lo acreditan los artículos 42, 44 en su último inciso y 47 de la ley de 2 de marzo de 1932, disponiendo el primero que el juez examinará de oficio su propia competencia y ordenando el segundo que para todas las incidencias que surjan se forme pieza separada a fin de no entorpecer en ningún caso de la prosecución del asunto principal, así como el tercero estatuye que se acompañe a la demanda el documento que justifique el domicilio conyugal o en su caso, la residencia; de todo lo cual se refiere que en los pleitos de esta clase, no son aplicables las disposiciones de carácter general que regulan el procedimiento civil sino en cuanto arminizan con las especiales de esta materia, y por ello se advierte que en ella no cabe suspensión del curso de los autos en ningún caso y que el Juez instructor, contando con documentos auténticos y fidedignos examina y decide su propia competencia lo que evidentemente excluye el planteamiento de esta cuestión incidental, ya que para evitarla y su consiguiente dilación, adoptó el legislador singulares disposiciones

como son las mencionadas que quedan: Que la anterior conclusión se halla confirmada en el artículo 57 de la citada ley, donde para la reparación de posibles errores establece un recurso de revisión con el fin de impugnar la competencia que a sí propio se atribuyó el Juez al admitir a trámite la demanda, y es obvio que este recurso carecía de contenido racional y jurídico si en otro estado procesal pudiera combatirse la atribuida competencia con sujeción a las normas privadas de este singular modo de enjuiciar: Que por los expuestos razonamientos, procede declarar que en los juicios de divorcio no pueden suscitarse contiendas jurisdiccionales por inhibitorias ni por declinatorias, por hallarse reservada la sustanciación y resolución de tales cuestiones a este Supremo Tribunal en el oportuno recurso de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1634-; "... Que es doctrina de este Tribunal Supremo, reflejada en su sentencia de 21 de abril del año corriente, interpretando el sentido y alcance de los artículos 42, último inciso del 44 y 47 de la Ley de 2 de marzo de 1932, en relación con el artículo 57 del propio cuerpo legal, que por la índole especial del procedimiento a que han de ajustarse los pleitos de divorcio, no pueden suscitarse en su tramitación contiendas jurisdiccionales por inhibitorias y resolución de tales cuestiones a este Supremo Tribunal en el oportuno recurso de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 451-.

(691) Dispone el párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de enjuiciamiento civil: "La inhibitoria se intentará ante el Juez o Tribunal a quien se considere competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estime no solo, para que se inhiba o remita los autos". Cfr. artículos 80 ss. del mismo cuerpo legal en cuanto a la tramitación de las inhibitorias.

(692) Dispone el artículo 99 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

"Cuando los Jueces o Tribunales entre quienes se empeñe la cuestión de competencia tuvieren un superior común, a este corresponderá decidirla, y en otro caso, al Tribunal Supremo.

Corresponde, por tanto: 2º A las Salas de lo Civil de las Audiencias, las que se promuevan entre los Jueces de primera instancia...; 3º A la Sala tercera del Tribunal Supremo de los demás casos -referencia que hay que entender hecha a la Sala Primera de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 7º y 8º de la Ley de 27 de Agosto de 1938-.

(693) Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1014-, se decidió por el Tribunal Supremo en una cuestión de competencias por inhibitoria suscitada por uno de los Juzgados de Primera Instancia de los de Valencia ante uno de los de Valladolid ante quien se había interpuesto la demanda, a favor del de Valencia, conforme a las normas de competencia contenidas en el artículo 41 de la Ley de Divorcio (Cfr. esta sentencia en la NOTA 684 de la tesis):

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1352-: Interpuesto por el marido demandante recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" fundada en la causa 1ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o sea, la incompetencia de jurisdicción, se declara inadmisibile por el Tribunal Supremo en cuanto a la forma por cuanto el recurrente toleró y aceptó con sus propios actos el requerimiento de inhibición formulado por el Juzgado de primera instancia número seis de Madrid al de igual clase del distrito de la Plaza, de Valladolid:

"... Que la causa 1ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o sea, la incompetencia de jurisdicción, que se alega en el recurso de revisión por don S.S., es un absoluto inadmisibile, porque en cuanto a la forma, el recurrente toleró y aceptó con sus propios actos el requerimiento de inhibición formulado por el juzgado de primera instancia, número 6, de esta capital, al de igual clase del distrito de la Plaza, de Valladolid, sin formular protesta de ningún género..."

Igualmente, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 6 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 674- decide una cuestión de competencias negativas promovidas por uno de los Juzgados de Primera instancia de Bilbao al de Salamanca, a favor del de Bilbao, y ello aun cuando el Juez de Bilbao se inhibió a favor del de Salamanca sin que la mujer demandante formulara recurso alguno contra la decisión del Juez de Bilbao por cuanto este hecho no puede estimarse con eficacia suficiente para entender prorrogada una

competencia que, según el artículo 42 de la Ley de Divorcio, el juez examinará de oficio, precepto que es igualmente aplicable al Juez a quien el inhibido remita los autos:

"... Que en el presente caso, si bien la mujer demandante no formuló recurso alguno contra el Juez de Bilbao, inhibiéndose a favor del de Salamanca, este hecho no puede estimarse con eficacia suficiente para entender prorrogada una competencia que, según el artículo 42 de la Ley del Divorcio, el Juez examinará de oficio, ya que este precepto es igualmente aplicable al Juez a quien el inhibido remita los autos, constituyendo ello una excepción a las competencias que regula la ley de Enjuiciamiento civil, en las que el Juez ha de aquietarse por el fundamento esencial de la rogación" -Cfr. resto sentencias en NOTA 683 de la tesis-.

La aparente contradicción entre las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934 y 6 de Diciembre de 1933 queda salvado teniendo en cuenta que, en cuanto al fondo, en la primera de estas sentencias se desestima por el Tribunal Supremo igualmente el recurso -Cfr. NOTA 683 de la tesis-, mientras que en la segunda, en cuanto al fondo, y conforme a las normas del artículo 41 de la Ley de Divorcio, el juez competente es el de Bilbao, de ahí que, en este caso, el Tribunal Supremo tenga que acudir a lo preceptuado en el artículo 42 de la misma Ley para fallar a favor del Juez de Bilbao. -Cfr. NOTA 683 de la tesis-.

(694) Dispone el párrafo tercero del artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento civil: "La declinatoria se propondrá ante el Juez o Tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente". conforme al párrafo primero del artículo 79 de la misma Ley procesal "las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias, o en la forma establecida para los incidentes".

(695) Cfr. NOTA 689 de la tesis, sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 48-.

9.1.2. Medidas provisionales coetáneas al proceso de separación y de divorcio con relación a las personas de los cónyuges, a los hijos y al regimen económico-matrimonial.

La interposición y admisión de la demanda de divorcio o de separación puede producir, durante la sustanciación del proceso, determinados efectos encaminados a regular la situación anormal personal y patrimonial en que se encuentran los cónyuges y sus descendientes en tanto el juicio matrimonial se encuentra pendiente. Estos efectos aparecen regulados en los artículos 43 y 44 de la Ley de Divorcio:

Establecía el artículo 43 de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932: "Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, mientras se sustancie el juicio, la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona y bienes, con la limitación de no poder enajenarlos ni gravarlos, a no ser mediante autorización judicial y previa la justificación de necesidad y utilidad.

El marido conservará, si la tuviere, la administración de los bienes de la sociedad conyugal; pero para enajenarlos y gravarlos será necesaria la conformidad de la esposa, y, en su defecto, la autorización judicial" (696).

A su vez, el artículo 44 de la misma Ley de divorcio establecía:

"Una vez admitida la demanda de separación o de divorcio, el Juez adoptará las disposiciones siguientes que durarán hasta que termine el juicio por sentencia firme:

- 1ª: Separar los cónyuges en todo caso.
- 2ª: Señalar el domicilio de la mujer.
- 3ª: Poner los hijos menores de cinco años al cuidado de la madre, y los mayores de esa edad al cuidado del padre.

El Juez podrá, sin embargo, proceder de modo distinto, bien al constituirse el depósito, bien con posterioridad, en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges, ratificado a la presencia judicial.

El cónyuge que no tenga en su poder a los hijos tendrá derecho a visitarlos y comunicar con ellos en el tiempo, modo y forma que el Juez determine.

4º: Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, y a los hijos que no queden en poder del padre, siendo aplicables, en su caso, las sanciones establecidas en el artículo 34.

5º: Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere, o en la de los bienes de la sociedad conyugal.

El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, vendrá obligado a abonar "litis expensas" a la mujer salvo cuando ésta posea bienes propios suficientes y disponga de sus productos.

Para la ejecución de las disposiciones a que este artículo se refiere y para sustanciar las cuestiones e incidencia que puedan promoverse como consecuencia de las mismas, se formarán las correspondientes piezas separadas a fin de no entorpecer en ningún caso la prosecución del asunto principal (697).

a) Competencia territorial para adoptar las medidas provisionales coetáneas al proceso de separación y de divorcio de los artículos 43 y 44 de la Ley especial de Divorcio: Juez de Primera Instancia competente para instruir los procedimientos de separación y de divorcio conforme a las normas de competencia territorial recogidas en el artículo 41 de la Ley de Divorcio (698).

b) Legitimación activa: aunque el artículo 44 de la Ley de Divorcio establece de modo imperativo que, admitida la demanda de separación o de divorcio, el Juez adoptará las medidas que en el mismo se establecen que durarán hasta que termine el juicio por sentencia firme, lo cierto es que las disposiciones contenidas en el referido artículo se dictarán por el Juez que tramita la demanda de separación o de divorcio en las oportunas piezas separadas a instancia de la parte interesada, es decir, de los que sean o puedan ser parte legítima en el juicio de separación o de divorcio.

c) Disposiciones que el Juzgado de Primera Instancia instructor del pleito de separación o de divorcio puede adoptar a instancia de parte interesada hasta que termine el juicio por sentencia firme (699):

Incumbe al Juez que tramita la demanda de separación o divorcio adoptar las disposiciones que, en cuanto a la separación de marido y mujer, domicilio de ésta, en poder de cuál de los dos cónyuges han de quedar los hijos, señalamiento de alimentos, régimen económico-matrimonial y cuantas otras cuestiones o incidencias puedan promoverse como consecuencia de las mismas, todas las cuales se han de sustanciar en las oportunas piezas separadas, comprende el artículo 44 de la Ley de Divorcio, como medidas preventivas durante la sustanciación del proceso, y si bien estas disposiciones tienen carácter provisional hasta que termine el juicio por sentencia firme, sólo a la potestad del Juez está reservado alterarlas después de la terminación del litigio principal en período de ejecución de sentencia según el carácter de las declaraciones emitidas en el misma sobre la culpabilidad o inocencia de los cónyuges:

Convenientemente clasificadas las medidas preventivas que se pueden adoptar durante la sustanciación del proceso son las siguiente:

a': Con relación a las personas de los cónyuges:

1ª: Separar los cónyuges en todo caso -disposición 1ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-

En contraposición a la mera separación de hecho de los cónyuges, que no produce efectos jurídicos, esta medida preventiva coloca a los cónyuges en un estado legal de separación.

Complemento a este estado de separación legal es la norma contenida en el párrafo primero del artículo 43 de la Ley de Divorcio respecto a la mujer, conforme a la cual: "Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, mientras se sustancie el juicio, la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona".

2ª: Señalar el domicilio de la mujer -disposición 2ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-

3ª: Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, siendo aplicables, en su caso, las sanciones establecidas en el artículo 34 -disposición 4ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-.

4ª: El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, vendrá obligado a abonar "litis expensas" a la mujer, salvo cuando ésta posea bienes propios suficientes y disponga de sus productos -disposición 5ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-.

b': Con relación a las personas de los hijos:

1ª: Las reglas que rigen el régimen de la Ley especial de Divorcio en cuanto se refiere a la situación en que hayan de quedar los hijos respecto de los cónyuges litigantes durante la sustanciación del proceso de separación o de divorcio contenidas en la disposición 3ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio pueden esquematizarse de la siguiente manera:



a) Los hijos menores de cinco años se pondrán al cuidado de la madre, y los mayores de esa edad al cuidado del padre, salvo que el Juez, en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges ratificado a la presencia judicial, dispusiere otra cosa en interés de los hijos.

b) Los padres en cuyo poder no queden los hijos menores conservan el derecho de visitarlos y comunicar con ellos, pero corresponde al Juez determinar el tiempo, modo y forma y adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

2º: Señalar alimentos a los hijos que no queden en poder del padre, siendo aplicables, en su caso, las sanciones establecidas en el artículo 34 -disposición 4ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-.

c': Con relación al régimen económico-matrimonial:

1º: Mientras se sustancie el pleito, la mujer tendrá capacidad jurídica para regir sus bienes, con la limitación de no poder enajenarlos ni gravarlos, a no ser mediante autorización judicial y previa justificación de necesidad y utilidad -artículo 43 párrafo 1º de la Ley de Divorcio-.

El Juez dictará las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere -párrafo primero de la disposición 5ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-.

2º: El marido conservará, si la tuviere, la administración de los bienes de la sociedad conyugal; pero para enajenarlos y gravarlos será necesaria la conformidad de la esposa, y, en su defecto, la autorización judicial -artículo 43 párrafo segundo de la Ley de Divorcio-.

El Juez dictará las medidas necesarias para evitar

que el marido perjudique a la mujer en la administración de los bienes de la sociedad conyugal -párrafo primero de la disposición 5ª del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio-.

d) Tramitación de las medidas preventivas que pueden ser adoptadas durante la sustanciación del proceso:

Atribuida al Juez que tramita la demanda de separación o de divorcio plena competencia para entender y resolver "a quo" todo lo incidental que se comprende en el artículo 44 de la Ley de Divorcio, conforme ordena el segundo párrafo de dicho precepto legal han de formarse las correspondientes piezas separadas para sustanciarse en ellas las cuestiones e incidencias que puedan promoverse como consecuencia de las mismas, así como lo concerniente a la ejecución de las disposiciones a que el mismo artículo se refiere: Por ministerio de la Ley, las cuestiones incidentales sobre las materias comprendidas en el artículo 44 de la Ley de Divorcio tienen su tramitación aparte en piezas separadas a fin de no entorpecer en ningún caso la prosecución del asunto principal.

e) Eficacias de las medidas preventivas que pueden ser adoptadas durante la sustanciación del proceso:

Por su propia naturaleza, las medidas preventivas que pueden ser adoptadas durante la sustanciación del proceso por el Juez que tramita la demanda de separación o de divorcio no se pueden considerar como definitivas, porque su eficacia sólo subsiste mientras no se ha dictado sentencia firme, estando reservada a la potestad del juez el alterarlas, bien durante la sustanciación del pleito (700), bien en período de ejecución de sentencia una vez se ha dictado sentencia firme en cuanto a la petición principal de divorcio o separación según el carácter de las declaraciones emitidas en la misma sobre la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, con las alzas jerárquicas procedentes, pues las resoluciones de los Jueces de Primera

intancia en esta materia son susceptibles de recurso de apelación ante la Audiencia provincial respectiva (701).

(696) Este artículo 43 de la Ley de Divorcio tiene su origen en una enmienda del Sr. Arranz en que proponía se intercalara un nuevo artículo entre los artículos 40 y 41 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, del tenor siguiente:

"Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, mientras se substancie el juicio, la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona y bienes, con la limitación de no poder enajenarlos ni gravarlos, a no ser mediante autorización judicial y previa la justificación de necesidad y utilidad.

El marido continuará administrando los bienes de la sociedad conyugal, pero para enajenarlos y gravarlos será necesaria la conformidad de la esposa y, en su defecto, la autorización judicial" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NÚM. 110):

Leída por segunda vez en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NÚM. 119-, la Comisión acepta la enmienda con la siguiente modificación: El segundo párrafo que dice "El marido continuará administrando los bienes de la sociedad conyugal...", quedaría redactado así: "El marido conservará, si la tuviere, la administración de la sociedad conyugal"; modificación que se acepta por el Sr. Arranz, aprobándose a continuación por la Cámara este nuevo artículo con su redacción dada por la Comisión al aceptar la enmienda del Sr. Arranz (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919).

(697) Disponían los artículos 44 del proyecto de ley de divorcio y 41 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, adoptará el Juez, mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1º: Separar los cónyuges en todo caso.

2º: Señalar el domicilio de la mujer.

3º: Poner los hijos menores de cinco años al cuidado de la madre, y los mayores de esa edad al cuidado del padre. El Juez podrá, sin embargo, proceder de modo distinto en virtud de la causa justa o por acuerdo de los cónyuges, ratificado a la presencia judicial.

4º: Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, y a los hijos que no queden en poder del padre.

5º: Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere; o en la de los bienes de la sociedad conyugal":

El párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Divorcio quedó redactado en definitiva según la redacción que proponía una enmienda del Sr. Arranz al artículo 41 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NÚM. 110), que, leída por segunda vez en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NÚM. 119-, fue aceptada por la Comisión con una pequeña modificación, pues se sustituía en el último párrafo de la misma las palabras "de consideración" por la de "suficientes", modificación aceptada por el Sr. Arranz (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919):

A su vez en el párrafo segundo del artículo 44 de la Ley de Divorcio tuvo su origen en un voto particular del Sr. Fernández Clérigo proponiendo la adición de un párrafo del artículo 41 del dictamen que, conforma al voto particular, pasaría a ser 43 (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NÚM. 108), que, leído por segunda vez en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NÚM. 119-, fue aceptado por la Comisión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919):

Sin mas discusión, quedó aprobado el artículo 41 del dictamen en la forma en que quedó redactado tras la aceptación de los referidos votos particulares y enmiendas (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919).

(698) Como se ha de ver más adelante, atendidos los términos de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, no es dable confundir las facultades privativas del Juez que tramita la demanda de divorcio o de separación, con la esfera de acción atribuidas a las Audiencias o las peculiares del Tribunal Supremo al resolver los extremos sobre los que concreta y limitadamente ha de versar el recurso de revisión por las causas taxativamente marcadas en el artículo 57 de la Ley de Divorcio.

(699) El momento y ocasión de acordar lo precedente sobre las materias incidentales que se comprenden en el artículo 44 de la Ley de Divorcio se ha de referir al curso de las piezas separadas correspondientes que se formen y tramiten por el Juez instructor del pleito de separación o de divorcio bajo su genuino criterio y plena evocación, ora como medidas preventivas durante la sustanciación del proceso, ora en período de ejecución de sentencia según el carácter de las declaraciones emitidas en la misma sobre la culpabilidad o inocencia de los cónyuges: Reservado todo lo incidental que se comprende en el citado artículo 44 de la Ley de Divorcio al conocimiento y decisión del Juez actuando en las oportunas piezas separadas, estas disposiciones tienen carácter provisional hasta que termine el juicio por sentencia firme, pudiendo ser modificadas después de la terminación del litigio principal en período de ejecución de sentencia según el carácter de las declaraciones emitidas en la misma sobre, como se ha dicho, la culpabilidad e inocencia de los cónyuges.

Ahora será objeto de estudio el artículo 44 de la Ley de Divorcio en cuanto contiene disposiciones que puedan ser adoptadas por el Juez durante la sustanciación del pleito como medidas preventivas con relación a las personas de los cónyuges, a los hijos y al régimen económico-matrimonial.

(700) Así, el artículo 58 de la Ley de Divorcio preceptúa: "El Juez de Primera Instancia podrá, en cualquier estado del pleito, adoptar provisionalmente las medidas de urgencia que considere indispensables respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus hijos, conforme a las disposiciones de esta Ley": Artículo 57 del Proyecto de ley de divorcio y 54 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Una enmienda del Sr. Gasset al artículo 54 del dictamen proponía se añadiera a este artículo un párrafo de este tenor:

"Si el pleito estuviera pendiente ante la Audiencia Provincial o Tribunal Supremo, éstos serán los competentes para dictar dichas reclamaciones" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109):

Léida por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-, el Sr. Gasset, en defensa de la enmienda por él suscrita, estima respecto de estos incidentes que, cuando la cuestión principal esté en la Audiencia o en el Tribunal Supremo, sean estos órganos judiciales, y no el Juez instructor, quienes resuelvan en las correspondientes piezas separadas:

"... Estimo yo que un incidente que se suscite cuando la cuestión principal está en el Juzgado, puede y debe ser resuelto por él; pero cuando el pleito esté en la audiencia o en el Tribunal Supremo, ¿qué elemento de juicio tendrá el Juzgado para resolverlo? Además, ¿no podría darse el caso de que el Juzgado tuviera algo que decir que estuviera en oposición con lo que en su día resuelvan o hayan resuelto ya la Audiencia provincial o el Tribunal Supremo?.

No me explico la razón que pueda tener la Comisión para no aceptar la enmienda (Pausa). Me dice la Comisión que este problema está ya resuelto. Tal como se efectúa la discusión de los dictámenes, no es posible muchas veces tener en cuenta las modificaciones que en él se introducen durante aquélla.

No obstante esa indicación que se me acaba de hacer, yo pregunto: si la cuestión se suscita cuando el pleito está en la Superioridad, ¿quién va a formar la pieza separada? ¿La propia Superioridad? Nada más":

En nombre de la Comisión interviene en la discusión de esta enmienda suscrita por el Sr. Gasset el Sr. Martínez Moya que manifiesta que la no admisión de esta enmienda por la Comisión fue en consideración a estar admitido un voto particular del Sr. Fernández Clérigo, por virtud del cual las cuestiones a que alude el Sr. Gasset se habían de tramitar en pieza separada, siendo, en consecuencia, improcedente la enmienda por cuanto quedaba ya constancia bastante para que el Juez resolviera estas cuestiones; ante estas manifestaciones de la Comisión, el Sr. Gasset retira su enmienda (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset: Cfr. Diario de Sesiones Tomo VII, p. 3987). Aprobándose, a continuación, sin más discusión el artículo 54 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987).

(701) Así, el artículo 61 de la Ley de Divorcio disponía: "Los recursos de apelación que se entablen contra resoluciones de los Jueces de primera instancia en esta materia, serán admisibles

en un sólo efecto y se tramitarán ante la Audiencia provincial respectiva": Artículo 57 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

Leído este artículo 57 del dictamen en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122- y retirados por sus autores, Sres. Pita Romero y Villanueva y Alvarez (D. Basilio) sendos votos particulares en que proponían respectivamente la supresión del artículo 57 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM. 117), y la sustitución de las palabras "Audiencia provincial" por "Sala de lo Civil de la audiencia" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106), quedó aprobado sin discusión el mismo (Cfr. diario de Sesiones, tomo VII, p. 3987).

Conforme al artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 61 de la Ley especial de Divorcio, las Audiencias provinciales respectivas conocerán de un modo definitivo en segunda instancia en trámite de apelación de las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en esta materia.

En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1478-: Interpuesto ante el Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de ley contra sentencia recaída en un incidente de litis expensas en juicio de divorcio, es desestimado en virtud de lo dispuesto en el número 1º del artículo 1690 en relación con el 1689 de la Ley de Enjuiciamiento civil por no tener el concepto de definitivas las resoluciones dictadas en una cuestión incidental en los pleitos de esta clase, y, a mayor abundamiento, porque, según doctrina de este Tribunal, resultaría análogo y contrario a toda técnica procesal que si tal recurso no cabe en el pleito principal, pueda, sin embargo, concederse a la incidencias que surjan en relación con el asunto principal, teniendo más instancias y recursos que el asunto de que dimana:

"... Que en virtud de lo que preceptúa el número 1º del artículo 1690 en relación con el 1689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que proceda el recurso de casación por infracción de ley contra sentencia recaída en un incidente o artículo, es necesario que aquella ponga término al pleito, haciendo imposible su continuación; y como quiera que en el caso presente se trata de resolución dictada en una cuestión incidental sobre litis-expensas que por ministerio de la Ley hubo que tramitarse en pieza separada, y con independencia por consiguiente del curso del asunto principal, que no pudo sufrir entorpecimientos en su normal tramitación, es indudable que al no darse en el caso de autos aquella circunstancia precisa de que queda hecho mérito, para la viabilidad de este recurso no puede prevalecer, según doctrina que se ha establecido ya por este Supremo Tribunal en casos de gran paridad con el de que ahora se trata, entre otras resoluciones, en las de fechas tan recientes como las de 26 y 28 de Septiembre último:

Que aun cuando con lo expuesto bastaría para demostrar la improcedencia del recurso en atención a que así planteado el problema resulta que es un caso de los que la Ley establece para declararlo inadmisibles, como quiera que las causas de inadmisión lo son también de desestimación en el fondo, a mayor abundamiento abona el mismo criterio el que por tratarse de un pleito de divorcio, que salvo las modificaciones de esta Ley, debe tramitarse según ella establece con arreglo a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan los procedimientos del juicio declarativo de menor cuantía, según la cual no son susceptibles de recurso de casación esta clase de juicios, es indudable que si tal recurso no cabe en el pleito principal, no puede tampoco concederse a las incidencias que surjan en relación con el que por su propia naturaleza no se pueden considerar como definitivas, porque su eficacia sólo subsiste mientras no se ha dictado sentencia firme, ya que el Juzgado se halla autorizado en cualquier momento de la tramitación del pleito para adaptar aquellas medidas urgentes que sobre la situación de las personas y bienes de los cónyuges o de sus hijos sea preciso".

9.1.3. Incidente de pobreza en los pleitos de separación y de divorcio:

Dispone el artículo 45 de la Ley especial de Divorcio: "Cuando se solicite la defensa por pobre, tanto por el actor como por el demandado, se sustanciará este incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente si exacción de derechos" (702).

Según dispone el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la declaración de pobreza será considerada como un incidente del asunto principal (703), y a tenor del artículo 45 de la Ley especial de Divorcio este incidente, en los procesos de separación y de divorcio, tiene que sustanciarse en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos (704):

Según constante doctrina jurisprudencial, los incidentes de pobreza que dimanen de un juicio de separación o de divorcio no son susceptibles de recurso de casación, pues no dándose en esta clase de juicios, ni en sus incidencias, el recurso de casación, resultaría análogo y contrario a toda técnica procesal que el juicio de pobreza, que debe ser considerado como un incidente del asunto principal, según así expresamente lo determina el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento, cuando se promueve para litigar el pleito de separación o de divorcio, tenga más instancias y recursos que el asunto de que dimana (705).

---

(702) Artículo 45 del proyecto de ley de Divorcio y 42 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: El artículo 42 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NUM. 119- (cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919).

(703) El Libro I, título I, Sección segunda -artículos 13 a 50- de la Ley de Enjuiciamiento civil trata "de la defensa por pobre". Su artículo 21 señala: "La declaración de pobreza se solicitará siempre en el Juzgado o Tribunal que conozca o sea competente para conocer del

pleito o negocio en que se trate de utilizar dicho beneficio, y será considerada como un incidente del asunto principal".

(704) Conforme al artículo 45 de la ley especial de Divorcio, se otorga la defensa por pobre en los pleitos de separación y de divorcio, solo cuando se solicita esta defensa con tal caracter y no hay tal solicitud sin la presentación de la demanda incidental correspondiente, y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1258-: "... Que las violaciones de formalidades esenciales denunciadas como la de... no haber tenido por personado en concepto de pobre en la instrucción al recurrente, no pueden ser constitutivas de la causa segunda del artículo 57 de la citada ley por cuanto..., por lo que hace a la segunda informalidad, basta para rechazarla la lectura del artículo 45 de la propia ley, que sólo otorga sus efectos en concepto de pobre, cuando se solicita la defensa con tal caracter y no hay solicitud sin la presentación de la demanda incidental correspondiente"

(705) "... Que, aparte de que resultaría anómalo y contrario a toda técnica procesal, que el juicio de pobreza, que debe ser considerado como un incidente del asunto principal, según así expresamente lo determina el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se promueve para litigar en pleito de divorcio, tenga más instancias y recursos que el asunto de que dimana, lo cual sería suficiente para desestimar el presente, es lo cierto que su improcedencia es manifiesta por cuanto la Sala sentenciadora para denegar el beneficio se fundó en el artículo 17 de la mencionada ley, apreciando en uso de su soberana facultad, los signos de riqueza, apreciación que es discrecional del juzgador y que sólo pueda ser combatida en casación por el número 7 del artículo 1692 que no fue alegado": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 811-; "... Que, aparte de que, según tiene ya declarado esta Sala, en sentencia de 27 de Abril de este mismo año, resultaría anómalo y contrario a toda técnica procesal que el juicio de pobreza, que debe ser estimado como un incidente del asunto principal, es según así expresamente lo determina el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se promueve para litigar en pleito de divorcio tenga mas instancias y recursos que el asunto de que dimana, lo cual sería suficiente para cerrar el paso al presente recurso, ...": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1558-; "... Que entablada la demanda a que este recurso se refiere con el fin de obtener la parte actora, que se la declare pobre para en tal concepto litigar en los autos de divorcio promovidos contra su esposo, este incidente a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de la ley de 2 de marzo de 1932 tiene que sustanciarse en pieza separada sin detener ni suspender el curso del pleito principal todo ello encaminado sin duda alguna por la ley a equiparar el alcance de estos incidente en el orden procesal, con el de los no susceptibles de recurso de casación, razonamiento que viene a confirmar el artículo 46 de la propia ley al disponer, que salvo las modificaciones que la misma establece, las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites que la de Enjuiciamiento Civil señaló para los juicios declarativos de menor cuantía, porque ni en esta clase de juicios, ni en sus incidentes se da el recurso de casación según terminantemente lo dispone el artículo 1924 de dicha ley de enjuiciar, de ningún modo cabe otorgarlo por razones de perfecta analogía, con el caso debatido, al incidente de pobreza que dimana de un juicio de divorcio; doctrina que esta Sala viene proclamando en anteriores sentencias de las que da fe la de 28 de junio último: Que en virtud de lo expuesto, procede acordar la inadmisión del recurso con arreglo a lo estatuido en los artículos 1690, 1694 y 1729 número 3º de la Ley Procesal": Auto del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2171-.

9.2. Del procedimiento de separación y de divorcio:  
Del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa:

9.2.1. Fase de instrucción ante los Jueces de Primera Instancia de los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa:

a) Artículo 46 de la Ley especial de Divorcio: Dispone:

"Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites procesales que fija la Ley de Enjuiciamiento civil en su libro II, Título II, capítulo III, salvo las modificaciones que establezca esta Ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente la conciliación. El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción, será de veinte días" (706):

Dispone el artículo 46 de la Ley de Divorcio que, las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites procesales que fija la Ley de Enjuiciamiento civil en su libro II, Título II, capítulo 3º -"Del juicio de menor cuantía": Artículos 680 a 714-, salvo las modificaciones que establezca esta Ley en que está contenido aquel precepto.

A continuación, el mismo artículo 46 contiene las dos primeras de aquellas modificaciones:

1º: La innecesidad del acto de conciliación para interponer las demandas de separación y de divorcio (707).

2º: El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción, será de veinte días (708).

b) Artículo 47 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Dispone: "Entre los documentos que deben acompañar a la demanda figurarán los que justifiquen el domicilio del cónyuge o, en su caso, la residencia" (709):



Si bien dispone este artículo 47 de la Ley especial de Divorcio que, entre los documentos que deben acompañar a la demanda de separación o de divorcio, figurarán los que justifiquen el domicilio conyugal o, en su caso, la residencia, conforme vino a declarar la doctrina del Tribunal Supremo, su omisión, la falta de documento justificativo del domicilio o residencia conyugal, que puede afectar a la competencia territorial del Juez y Tribunal que han de instruir y resolver, respectivamente, la demanda de separación o de divorcio, no constituye violación de una formalidad esencial del juicio si la misma no produjo indefensión en la otra parte, así, si "el demandado actuó en el pleito como a sus intereses convino" (710), o "fué emplazado personalmente para el juicio" (711), y así puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 (712).

c) Artículo 48 de la Ley especial de Divorcio: Dispone:

"El Ministerio fiscal será parte en el juicio principal y en todas sus incidencias sólo cuando existan menores, ausentes o incapaces, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del Código Civil" (713):

Conforme al artículo 48 de la Ley de Divorcio, el Ministerio Fiscal será parte en el juicio principal y en todas sus incidencias sólo cuando existan menores, ausentes o incapaces sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del Código civil.

El texto de este artículo en cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de separación y de divorcio planteaba algunos problemas de interpretación: Así, la indeterminación sobre si los que se concretan en tal situación han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio; de igual modo, sea cual fuere la interpretación que se dé a este artículo respecto del punto anterior, si la falta de intervención del Ministerio Fiscal en los autos por no haber sido citado o emplazado oportunamente para que

.contestara la demanda está o no comprendida en la violación de las formalidades esenciales del juicio productoras de indefensión a que alude el número segundo del artículo 57 de esta Ley.

El Tribunal supremo, en sentencia de fecha 1 de Febrero de 1933, vino a dar una primera interpretación de este artículo 48 de la Ley de Divorcio: Interpuesto por el marido demandado recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia fundado en la causa 2ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio por entender que la falta de intervención Fiscal en los autos por no haber sido citado y emplazado oportunamente para que contestara a la demanda constituye violación de las formalidades esenciales del juicio que produce indefensión, el Tribunal Supremo, prescindiendo -y, por tanto, afirmando- de que el artículo 48 de la mencionada Ley presenta cierta indeterminación sobre si los que se encuentran en tal situación han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio para aceptar este último supuesto -sin resolver este problema interpretativo, se acepta como hipótesis el supuesto de que el citado precepto alcanza a los hijos del matrimonio para a continuación desestimar el recurso por los motivos que veremos-, reconoce que aunque debiera haber citado y emplazado al Ministerio Fiscal al plantearse el pleito y no se hubiera hecho así en el momento oportuno, no cabe estimar la falta de audiencia e instrucción del Ministerio Fiscal como comprendida en aquella violación que hubiese producido indefensión ya de los litigantes ya de los hijos menores de edad, ausentes o incapaces, cuando ello no sólo no privó al recurrente de los medios que la Ley le otorga para el ejercicio de cuantas acciones y derechos pudieran asistirle en nombre propio o en representación legal de sus hijos, sino que en trámite procesal posterior ante este Supremo Tribunal se le comunicaron los autos al Ministerio Fiscal para instrucción del recurso devolviéndolo con dictamen en el que manifiesta que se da por instruido de las actuaciones sin añadir nada más, y citado al efecto para la vista, no estimó necesario asistir, y como el ejercitar o no esa acción es de la libre y exclusiva facultad de apreciación

del Ministerio Fiscal, que al no ejercitarla convalidó con su consentimiento tácito la falta que pudiera haberse cometido, procede la no estimación de la causa bajo este aspecto alegada en el recurso:

"... Que el presente recurso se fundamenta en las causas segunda y tercera del artículo 57 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo último, esto es, violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión e injusticia notoria; y del más ligero examen de la primera de ellas se deduce que su concepto, tanto literal como jurídico, se funda sobre un vicio procesal que supone la violación de esas normas esenciales de tal suerte que provoque la indefensión de cualquiera de los litigantes, más no la de otras personas que no intervengan en el juicio, y desde este punto de vista es indudable, que no cabe en modo alguno estimar esa causa, como fundamento del recurso, ya que la falta de intervención del Fiscal en los autos por no haber sido citado y emplazado oportunamente para que contestara a la demanda, no ha privado al recurrente de los medios que la ley le otorga para el ejercicio de cuantas acciones y derechos pudieran asistirle; pero aun examinada la cuestión bajo la forma que en el recurso reviste, o sea, que a virtud de no intervenir en el pleito el Ministerio Fiscal por el motivo indicado, los hijos del matrimonio han quedado indefensos, tampoco procede la revisión, puesto que si bien es cierto que según dispone el artículo 48 de la mencionada ley, el Fiscal será parte de esta clase de juicios cuando existan menores, ausentes o incapacitados, y prescindiendo de que el texto legal presente en cierta indeterminación sobre si los que se encuentran en tal situación han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio para aceptar este último supuesto, hay que reconocer al plantearse el pleito y no se hubiera hecho así en el momento oportuno, es lo cierto que en trámite procesal posterior se le han comunicado los autos para instrucción del presente recurso devolviéndolo con dictamen del 7 de enero último en el que

manifestó que quedaba suficientemente instruido de las actuaciones sin añadir nada mas; y llegando el día señalado para la vista y citado al efecto para la misma, no estimó necesario asistir, lo que revela de modo claro, que no creía indispensable su directa intervención en el pleito para defender intereses o derechos de menores que no corrían peligro alguno, y como el ejercitar o no esa acción es de la libre y exclusiva facultad de apreciación del Ministerio fiscal que al no ejercerla convalidó con su consentimiento tácito la falta que pudiera haberse cometido, resulta con toda claridad que el recurrente pretende suplantar al Fiscal en el derecho de pedir, lo que sólo a él está reservado con arreglo a la ley y utilizar así un derecho de representación que no le corresponde; de todo lo cual se desprende la improcedencia de la causa bajo este aspecto alegada en el recurso" (714).

La interpretación que del artículo 48 de la Ley de Divorcio hace el Tribunal Supremo en un primer momento puede resumirse así:

1º: Se admite que el texto legal presenta una indeterminación sobre si los que se encuentran en tal situación han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio, para a continuación, aceptar este último supuesto.

2º: Se establece la doctrina de que no cabe estimar la falta de audiencia e instrucción del Ministerio Fiscal como comprendida en la violación de las formalidades esenciales del juicio salvo que se concrete en qué consistió la indefensión por la parte que alega este vicio procesal, resolviéndose respecto de los cónyuges litigantes que la falta de citación y emplazamiento del Ministerio Fiscal no puede constituir respecto de los mismos un vicio procesal causante de indefensión por cuanto en ningún momento procesal se ven privados de los medios que la ley les otorga como amparo de sus derechos a causa de tal omisión.

3º: Respecto al Ministerio Fiscal, se establece que si en trámite procesal posterior se le confiere traslado de los autos para instrucción del recurso de revisión que pudiera interponerse contra el fallo dictado por el Tribunal de instancia y los devuelve dándose por instruido de las actuaciones sin formular protesta, recurso ni petición alguna, se entiende que consiente todo lo hasta entonces tramitado, convalidando con su consentimiento tácito la falta que pudiera haberse cometido, por ser, en definitiva, la intervención del mismo en el pleito para defender los intereses de menores, ausentes o incapaces de su libre y exclusiva facultad de apreciación.

Ante el incumplimiento del artículo 48 de la Ley de Divorcio en numerosos casos, bien porque se prescindía de la intervención del Ministerio Fiscal ante la indeterminación del texto legal sobre si los que se encuentran en tal situación -minoría de edad, ausencia o incapacidad- han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio, bien porque, en la práctica, siendo parte el Ministerio Fiscal, su intervención era meramente formularia, se publicó una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de fecha 10 de Marzo de 1933 dando instrucciones a los Señores Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales respecto a su intervención en los juicios de separación y de divorcio (715), conforme a las cuales:

1º: Los Fiscales solicitarán de los Juzgado se les tenga por parte en todas aquellas demandas de divorcio en que los cónyuges o alguno de ellos sea menor o se encuentre ausente o incapacitado, y lo mismo cuando haya hijos en esas circunstancias, promoviendo incidente de nulidad de actuaciones en todos aquellos pleitos en que así no se hiciere.

2º: La intervención del Fiscal será lo suficientemente activa y directa que requiera la vela eficaz de los derechos de menores, ausentes o incapacitados que como cónyuges o hijos de éstos figuren en el litigio.

El Tribunal Supremo por su parte, vino a sentar la siguiente doctrina respecto a la interposición y alcance del artículo 48 de la Ley de Divorcio:

1º: La circunstancia que para ser parte el Ministerio Fiscal exige el citado precepto es que haya intereses de menores, ausentes o incapaces, y aun cuando no llega a aclararse aquella indeterminación del texto legal sobre si los que se encuentran en tal situación han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio, se aceptan ambos supuestos (716).

2º: Se mantiene la doctrina establecida ya en la sentencia de 1 de Febrero de 1933, ya analizada, y en este sentido la sentencia de 9 de Marzo de 1934:

"... Que la violación de las formalidades esenciales del juicio para que esté incluida en el número 2º del artículo 57 de la Ley del Divorcio es preciso como este precepto ordena que hubiese producido indefensión ya de los litigantes ya de los hijos menores de edad y por ello tiene declarado esta Sala en sentencia de 1º de Febrero de 1933, que no cabe estimar la falta de audiencia e instrucción del Ministerio Fiscal como comprendida en aquella violación cuando como, en el presente caso, no privó al recurrente de los medios que la ley le otorga para el ejercicio de cuantas acciones y derechos pudieran asistirle en nombre propio o en representación legal de sus hijos y cuando en el trámite procesal ante este Tribunal Supremo comunicados los autos al Ministerio Fiscal se da por instruido consignando que no estima perjuicio ni indefensión de los intereses que representa, sin perjuicio de solicitar se corrija disciplinariamente a los funcionarios responsables por la inexplicable omisión de no haberle dado intervención alguna en el pleito, hasta que llegó a este Tribunal Supremo, procediendo por lo expuesto la desestimación del primer motivo de revisión fundado en aquella causa". (717).

d) Artículo 49 de la Ley especial de Divorcio: Dispone:

"Las partes deberán comparecer asistidas de Procurador que las representa y de Abogado que las dirija. La demanda se redactará según las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil" (718).

Tesis presentadas en relación con el artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio en su discusión parlamentaria:

1ª: Obligatoriedad de que en los pleitos de separación y de divorcio las partes comparezcan asistidas de procurador que las represente y de abogado que las dirija:

Tesis mantenida por el Sr. Quintana (D. Alberto) en un voto particular por él suscrito al artículo 46 del dictamen que, tras su discusión, fue tomado en consideración por la Cámara en votación ordinaria y por 81 votos contra 75, e incorporado al dictamen, quedó en definitiva aprobado por la Cámara (719).

2ª: En los pleitos de separación y de divorcio se está en cuanto a la representación en juicio y defensa de las partes a las normas que la Ley procesal civil establece para el juicio de menor cuantía por cuyos trámites procesales se sustanciarían esta clase de juicios, salvo las modificaciones establecidas en la Ley especial de Divorcio: Las partes podrán comparecer por sí mismas o por medio de sus Administradores o Apoderados, pero no valiéndose de otra persona que no sea Procurador habilitado, en los pueblos donde los haya (720), siendo precisa, en todo caso, la intervención de Letrado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos (721):

En este sentido, un voto particular de los Sres. Salazar Alonso y Del Río proponiendo la supresión del artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el

proyecto de ley de divorcio, y que fue retirado por sus autores al ser aceptado por la Cámara el voto particular suscrito por el Sr. Quintana de León (722), y un voto particular del Sr. Fernández Clérigo a dicho artículo del dictamen en que proponía que las partes pudieran comparecer por sí mismas o, en otro caso, por medio de procurador, siendo precisa siempre la intervención del letrado, siendo retirado por igual razón por su autor (723).

3ª: En los pleitos de separación y de divorcio, las partes podrán comparecer por sí mismas, pero si interviniese letrado tendrían entonces que estar representadas por procurador:

En este sentido un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), que fue retirado por el Sr. Villanueva al ser aceptado por la Cámara el voto particular suscrito por el Sr. Quintana de León (724).

4ª: En los pleitos de separación y de divorcio, las partes podrán comparecer por sí mismas, sin necesidad de abogados ni procurador, o bien dirigidas por letrado y representadas por procurador:

En este sentido, una enmienda del Sr. Gasset, que fue igualmente retirada por su autor al aceptarse el voto particular del Sr. Quintana de León (725).

e) Artículo 50 de la Ley especial de Divorcio: Dispone:

"Si se hubiere formulado reconvención, el actor contestará dentro del plazo improrrogable de diez días. No se admitirá reconvención que no estuviere fundada en alguna de las causas establecidas en el artículo tercero" (726):

La reconvención no es más que una acción que la parte demandada agita contra la parte actora para que se resuelva en el mismo pleito y bajo una sola sentencia, sin que la Ley



Procesal civil haya señalado forma especial para su válida utilización, siendo suficiente que se formule en el mismo escrito de contestación a la demanda con la consiguiente petición, requisitos que de modo suficiente se llenan en esta clase de juicios, integrando una verdadera reconvención, cuando, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933, la parte demandada sienta, al contestar a la demanda, la realización por la parte actora de aquellos hechos que le sirven de fundamento material a la petición concreta de separación o de divorcio que en relación directa con los mismos se contiene en el súplico del escrito de contestación a la demanda (727):

Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, si bien la reconvención no precisa que se formule aisladamente ni con formulismo procesal alguno, sólo existe cuando se invoque o alegue alguna petición en forma que, aunque no sea estrictamente procesal o formulista, sea lo suficientemente clara y manifiesta para de ella poder lógica y legalmente deducir un deseo, una voluntad de reconvenir que no puede presumirse (728).

Los jueces y Tribunales competentes para instruir y resolver, respectivamente, las demandas de separación y de divorcio, lo son igualmente para instruir y resolver las demandas de reconvención que pudiera oponer, a su vez, la parte demandada siempre y cuando el objeto de la reconvención sea el ejercicio de una acción de divorcio o de separación contra la parte actora (729): Conforme al inciso segundo del artículo 50 de la Ley de Divorcio en relación con el párrafo tercero del artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se admitirá reconvención que no estuviere fundada en alguna de las causas de divorcio o separación de personas y bienes comprendidas en los artículos 3º y 36, respectivamente, de la citada Ley de Divorcio.

Si al contestar a la demanda se formula por la parte demandada demanda reconvencional contra la parte actora, se dará traslado de la misma a ésta para que la conteste en el plazo improrrogable de diez días (730): De este requisito exigido

por el artículo 50 de la Ley especial de Divorcio se deduce implícitamente la necesidad de dar traslado de la reconvención a la parte actora para que pueda contestarla, y la omisión en la tramitación del pleito, en el período de instrucción ante el Juez de Primera Instancia competente, del trámite esencial de dar traslado a la parte actora de la demanda reconvencional formulada de contrario constituye una violación de las formalidades esenciales del juicio que puede producir la indefensión de la parte actora, a quien se priva de poder alegar, articular y practicar prueba suficiente a desvirtuar los hechos que sirven a la parte reconviniente de fundamento material a la petición de separación o de divorcio formulada en su reconvención (731); más, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, aun siendo innegable que en la tramitación del pleito se omitió en el período de instrucción ante el Juez de Primera Instancia competente el trámite esencial de conferir traslado a la parte actora de la reconvención formulada de contrario al contestar a la demanda, no se admite que la mencionada falta procesal haya producido indefensión a los efectos del número segundo del artículo 57 de la Ley de Divorcio cuando la parte actora tuvo exacto conocimiento de la reconvención formulada al serle notificada con copia del escrito de contestación la providencia del Juez instructor en que se tuvo por contestada la demanda y por abierto el período de prueba, sin que contra la misma se hubiere hecho protesta ni reclamación alguna contra dicha omisión por medio del recurso ordinario de reposición, por suponer ello o que lo estimó suficiente a efectos de defensa de todos cuantos derechos pudieran asistirle o que renunció a protestar de la falta (732).

La parte demandante, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debe limitarse al contestar la demanda reconvencional a lo que sea objeto de la misma (733), sin invocar nuevas causas de separación o de divorcio que la parte reconviniente no puede legalmente combatir (734), ni alterar su demanda en punto tan esencial como el concerniente al carácter vincular o meramente relativo del

divorcio o separación solicitado, pues dicha alteración sería opuesta al principio jurídico-procesal que veda, una vez planteado el debate, modificarlo en lo sustancial (735).

f) Artículos 51, 52 y 53 de la Ley especial de Divorcio

Dispone el artículo 52 de la Ley especial de Divorcio:

"La resolución en que se reciba el pleito a prueba prevendrá a las partes que propongan toda la que les interese en el término improrrogable de diez días.

El término para la práctica de las pruebas no podrá exceder de veinte días" (736).

A su vez, el artículo 53 de la misma dispone:

"Cuando alguno de los litigantes proponga prueba en los dos últimos días del periodo, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos, dentro de los dos siguientes a la notificación de la providencia en que aquélla sea adminida" (737).

Uno de los requisitos esenciales para que pudiera prosperar la acción de divorcio o separación de personas y bienes lo constituía la necesidad de demostrar cumplidamente aquellos hechos que hubieran servido de fundamento material a las causas de divorcio o separación que se hubieran alegado: En esta clase de juicios, como en todos los demás, no basta la alegación de los hechos, sino que es necesario su demostración mediante la prueba adecuada que ha de suministrar la parte que los invoca, pues en los divorcios, como en todas las demás cuestiones judiciales, corresponde la prueba a quien afirma.

Conforme al párrafo primero del artículo 52 de la Ley especial de Divorcio, la resolución en que se reciba por el Juez instructor el pleito a prueba prevendrá a las partes

que propongan toda la que les interese en el término improrrogable de diez días (738); pero cuando alguno de los litigantes, dice el artículo 53 de la misma, proponga prueba en los dos últimos días del período, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos, dentro de los dos siguientes a la notificación de la providencia en que aquélla sea admitida. La consecuencia lógica de no proponer prueba la parte a quien le incumbe es la de la imposibilidad de que prospere su demanda en procedimiento como el de divorcio o separación dónde ni aún el allanamiento, como se ha de ver, basta para que prevalezca la acción: Transcurridos, en su caso, los días sin que por ninguna de las partes se haya propuesto prueba, el Juez, procediendo conforme a lo prevenido en el artículo 54 de la Ley especial de Divorcio, procederá, dentro de los diez días siguientes, a hacer un informe sobre la cuestión de derecho, ante la imposibilidad de hacer un resumen razonado de las pruebas practicadas a que el mismo artículo se refiere (739).

El término para la práctica de las pruebas, señala el párrafo segundo del artículo 52 de la Ley de Divorcio, no podrá exceder de veinte días, cuyo cómputo se inicia desde que se abre el segundo período de prueba: Por tanto, si por negligencia o abandono de una parte, no se puede llevar a efecto, en este momento procesal, la probanza de los hechos que hubieran servido de fundamento material a las causas de divorcio o separación que se hubieran invocado como fundamento de la acción ejercitada, ha de sufrir aquélla sus consecuencias (740), sin que la imposibilidad de llevar a cabo una diligencia de prueba por negligencia o abandono de una parte pueda ni deba suplirse por el Juez usando de la facultad que para mejor proveer conceda a los Jueces y Tribunales el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque ello equivaldría a apartarse de la imparcialidad, que debe ser norma de su actuación, para convertirse en defensor de una de las partes contendientes en el pleito, aparte de que, como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1933, las facultades que para mejor proveer

otorga a los Jueces y Tribunales el citado artículo de la Ley Procesal civil son discrecionales, para que las utilice cuando, con arreglo a su criterio, lo estime necesario o conveniente (741). Por lo demás, para que proceda el recurso de revisión al amparo del número segundo del artículo 57 de la Ley especial de Divorcio, o sea, por violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión, por algún defecto de forma en la práctica de alguna diligencia de prueba, caso de existir, es de tener en cuenta, en primer lugar, que para que una parte litigante pueda alegar con éxito su indefensión es necesario que haya solicitado oportunamente la subsanación de la falta procesal en que se hubiera recaído, y, en segundo lugar, que hubiere producido esa falta de indefensión de la parte perjudicada (742).

Normas especiales en materia de prueba contenidas en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 son:

1º: "La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria" -Artículo 51 párrafo primero de la Ley de Divorcio (743)-

La finalidad de lo dispuesto en este precepto fue, a tenor de lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1935, con relación a la prueba de confesión judicial, impedir que el empleo de estos medios equivaliera a un mutuo disenso, burlando así el propio sistema de la Ley determinando preferentemente por el principio del divorcio culpable (744). en consecuencia, y conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 51 de la Ley de Divorcio, la confesión (745) y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solo para fundamentar una sentencia condenatoria, aun cuando no cabe duda de que estos medios constituyen siempre un elemento de juicio de gran importancia, poniéndolos en relación con las demás pruebas practicadas, para que en definitiva los Tribunales decidan al caso controvertido lo que estimen justo (746).

2º: "Los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos" -Artículo 51 párrafo segundo de la Ley de Divorcio (747)-:

De acuerdo con las exigencias de la realidad y del común sentido dispone el artículo 51 de la Ley de divorcio en su segundo párrafo que los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos por ser los únicos que, en ocasiones, pueden tener lógicamente mejor conocimiento de los motivos que se aleguen en esta clase de juicios, al estar en constante relación y convivencia con los cónyuges y, en este sentido, se declara por la doctrina jurisprudencial que aun cuando los testigos sean, en efecto, familiares y sirvientes, sus declaraciones deben ser tenidas en cuenta, en atención a que, por regla general, los hechos que pueden servir de fundamento material a las causas de divorcio o separación contenidas en la ley de Divorcio ocurren en la intimidad del hogar, y, por tanto, sólo son presenciados por personas de tal condición, razón por la cual, y en recta interpretación del párrafo segundo del artículo 51 de la citada Ley, sólo deben ser desestimadas las manifestaciones de criados y familiares cuando otro elemento de prueba neutralice o desvirtúe la presunción de veracidad en que se inspira el citado precepto legal (748), sin que, naturalmente, ello obste a que sus declaraciones se aprecien, en todo caso, por los Jueces y Tribunales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 659 de la Ley Procesal civil (749), correspondiendo, pues, la apreciación del valor de las declaraciones de estos testigos a la conciencia y a la potestad del juzgador, que admitirá y estimará en su justo valor, conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, dichas declaraciones (750).

Admitida la declaración de los parientes y los domésticos testigos en esta clase de juicios, si éstos confiesan al contestar las generales de la ley voluntariamente su condición de parientes o domésticos de los esposos, no hay lugar al incidente de tachas, quedando reservado a la conciencia y a la potes-

tad del juzgador la apreciación en su justo valor de las declaraciones de estos testigos, pues sería absurdo el decir al Juez que puede oír como testigos a los parientes y domésticos para disponer después que no tenga en cuenta sus declaraciones (751), mas cuando el testigo niegue u oculte la concurrencia de tales circunstancias, puede ser objeto de tacha, cuya eficacia práctica irá dirigida no tanto a acreditar que en dicho testigo se da la circunstancia de ser pariente o doméstico de los esposos como al hecho de haber ocultado maliciosamente su condición siendo el juzgador quien decida en última instancia sobre el valor de su declaración.

3º: "Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por hechos de los señalados en los números 1, 2, 7, y 11 del artículo 3º de esta Ley como causas de divorcio, el Juez dará traslado al demandado, y si éste no reconviniese ni alegase excepción suficiente a devirtuar la acción, o no compareciese, citará sin más para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio Fiscal" -Artículo 59 de la Ley de Divorcio (752)-.

g) Artículo 54 de la Ley especial de Divorcio: Dispone:

"Cerrado el periodo de prueba, procederá el Juez, dentro de los diez días siguientes, a hacer un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho" (753):

Cerrado el periodo de prueba, con posterioridad, pues, a la actuación de las partes en el pleito, el Juez instructor del mismo, dentro de los diez días siguientes, y en cumplimiento de la obligación legal contenida en este artículo 54 de la Ley de Divorcio, procederá a hacer un resumen razonado de las pruebas practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho: Aun cuando se de un extraordinario valor a este informe emitido por el Juez instructor del pleito, y en el que se han de resumir el resultado de la prueba practicada a instancia de ambas partes

y un informe sobre la cuestión de derecho, es necesario delimitar la naturaleza intrínseca y el valor de este informe, y, en este sentido, una constante y reiterada doctrina jurisprudencial declara que el juicio no versa acerca del informe emitido por el Juez instructor, sino que las alegaciones y prueba de las cuestiones planteadas en la litis, no siendo de rigor que el Tribunal que ha de fallar en única instancia el pleito haga suya la apreciación del Juez instructor, pues el Tribunal Sentenciador es soberano para apreciar libremente las pruebas recogidas en el mismo y calificar jurídicamente los hechos que estime probados, doctrina que puede condensarse en los siguientes puntos:

1º: "Que por ser el informe del Juez posterior a la actuación de las partes en el pleito, es claro que el cumplimiento por dicho funcionario de esa obligación legal en la que ninguna intervención tienen los litigantes no puede determinar respecto de ellos infracción de ninguna formalidad esencial en la instrucción de los autos ya terminada, que pueda acarrear indefensión a las partes, puesto que el juicio no versa acerca del informe del Juez y forma de emitirlo, sino sobre las alegaciones y prueba de las cuestiones planteadas en la litis": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 771- (754).

2º: No es de rigor que el Tribunal sentenciador haga suya la apreciación del Juez instructor, pudiendo muy bien apartarse del informe emitido por el mismo, pues dicho informe no puede privar al Tribunal que ha de fallar en única instancia el pleito de su indiscutible facultad soberana para apreciar libremente las pruebas recogidas en el mismo y calificar jurídicamente los hechos que estime probados (755): De ahí que en el caso de falta de concordancia entre la opinión del Juez instructor contenida en el informe que ha de elevar a la Audiencia y el Juicio que ésta forme para dictar la sentencia, es de tener en cuenta, conforme a la doctrina reseñada, que la Sala sentenciadora al dictar su fallo no ha de fundarse necesariamente



en lo informado por el Juez, sino en la libre apreciación que haga de las pruebas practicadas y aplicación del pertinente derecho a los hechos que estime probados (756).

(706) Los artículos 46 del proyecto de ley de divorcio y 43 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio decían: "Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, con las modificaciones introducidas por esta Ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente la conciliación".

La redacción definitiva de este artículo 46 de la Ley de Divorcio fue dada por la Comisión permanente de Justicia llegando a una solución transaccional o de concordia con aquellos Sres. Diputados que defendían que los pleitos de divorcio o separación se sustanciarán por los trámites del juicio de mayor cuantía:

a) Enmienda del Sr. Puig de Asper proponiendo la siguiente redacción del artículo 43 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites de juicio declarativos de mayor cuantía con las modificaciones introducidas por esta Ley" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUN. 107):

Leída por segunda vez en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NUN. 119-, el Sr. Puig de Asper explica los dos extremos que abarca la enmienda por él suscrita, uno, que los pleitos sobre separación y divorcio sean sustanciados por los trámites del juicio de mayor cuantía por no haber en toda la materia litigiosa civil nada más importante que lo que se refiere a los pleitos de divorcio y de separación de los cónyuges, y otro, la supresión del segundo párrafo del artículo 43 del dictamen, con lo cual se entenderá que los pleitos de divorcio y de separación han de seguir la regla general por virtud de la que, antes de interposición de aquéllos, ha de intentarse la conciliación, pues, según dice el Sr. Puig Asper, no hay nada más fácil de conciliar que las cuestiones entre marido y mujer:

"... He de defender, muy sobriamente, la enmienda que he tenido el honor de proponer.

Abarca dos extremos: primero, que los pleitos sobre separación y divorcio sean sustanciados por los trámites del juicio de menor cuantía -dice el proyecto-, y yo propongo que sea por los trámites del juicio de mayor cuantía. Los juicios se dividen en mayor y menor cuantía, y aunque sería más conveniente que fuesen todos juicios, en general, prescindiendo de cuantía, como subsiste esa división, porque no se ha modificado todavía, ni se piensa modificar la ley de Enjuiciamiento civil, que yo sepa por los menos, es necesario que la substanciación de los pleitos de separación y de divorcio se siga por los trámites del juicio de mayor cuantía.

Nada hay más importante en toda la materia litigiosa civil, que lo que se refiere a los pleitos de divorcio y de separación de los cónyuges. Si el legislador español considerara (como sucedería de mantener íntegramente el proyecto sin aceptar mi enmienda) que los pleitos relativos al matrimonio, al divorcio y a los hijos son de menor cuantía, yo tendría que decir que ese criterio no debe prevalecer y no por cuestión de nombres, sino porque, aparte de que ha de causar ofensa al sentimiento de los que van a divorciarse el hecho de que su pleito haya de ser de menor cuantía, aquí hay una cuestión de procedimiento, de tramitación. El juicio de mayor cuantía tiene más largos plazos que el de menor cuantía; en aquél hay los trámites de réplica y de dúplica, que son altamente necesarios en muchas ocasiones, y, a mi juicio, también lo son mucho en los pleitos de divorcio y de separación de los cónyuges, en los cuales hay tanto que decir, que es muy posible que después de la demanda y de la contestación se haga indispensable la réplica y la dúplica. Por consiguiente, la primera parte de mi enmienda va encaminada a esto: a que tales juicios sean llevados por los trámites de los de mayor cuantía.

Segunda parte. El proyecto dice que para interponer una demanda de separación y de divorcio no será necesario intentar previamente la conciliación. Si fuésemos a hacer la crítica del acto de conciliación tal como en España se practica, quizás viésemos que

había razón para suprimirlo, no solamente para estos pleitos de separación y de divorcio, sino en general para toda clase de juicios, ya que, comunmente, es un trámite burocrático más. Si se pretendiera suprimir en general el acto de conciliación, quizás no hubiese razón para pedir que subsistiera en los pleitos de divorcio. Yo propongo que se supriman esas palabras en las que se dice que para interponer la demanda de divorcio no será necesario intentar previamente la conciliación. Suprimiendo este segundo apartado, ya se entiende que estos pleitos siguen la regla general de todos, que exige que, previamente a su interposición, ha de intentarse la conciliación. Precisamente donde me ha dado más resultado la demanda de conciliación ha sido en los pleitos de divorcio. Los divorcios se evitan si el juez municipal tiene interés en que así ocurra. No hay nada más fácil de conciliar que las cuestiones entre marido y mujer; desde luego, son mucho más fáciles que las que se refieren a intereses privados entre acreedores y deudores.

Por lo tanto, mi propuesta en esta parte consiste en que se suprima este segundo párrafo del artículo 43 del proyecto, con lo cual se entenderá que los pleitos de divorcio han de seguir la regla general, por virtud de la que, antes de la interposición de aquéllos, ha de intentarse la conciliación":

En nombre de la Comisión, para mantener el texto del dictamen, interviene en la discusión de esta enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer el Sr. Quintana de León que, respecto al primer punto de la misma, estima que las normas de procedimiento establecidas en el dictamen para los pleitos de separación y de divorcio, escrito en la fase de instrucción y oral en sus trámites más avanzados, no perjudican en nada las garantías de los litigantes que se deban exigir, evitándose además los trámites inútiles y dilatorios típicos de la estructura procesal del juicio de mayor cuantía, trámites tales como la réplica y la dúplica o el escrito de conclusiones, y respecto al segundo punto de la enmienda entiende, en contra de la opinión del Sr. Puig Asprer, que el acto de conciliación no es eficaz en esta clase de juicios:

"... La Comisión ha escuchado las elocuentes palabras con que el Sr. Puig Asprer ha defendido los dos extremos de su enmienda; pero, a pesar de la elocuencia con que ha sostenido sus puntos de vista, la Comisión tiene que mantener el dictamen.

Si nos encontráramos frente a un proyecto que, en su parte adjetiva, mantuviese el trámite actual del juicio civil, sería indiscutible que los razonamientos del Sr. Puig de Asprer, relativos a lo delicado y complejo de la materia del juicio de divorcio, habrían de pesar en el ánimo de la Comisión; pero es que el Sr. Puig de Asprer no puede olvidar que en la parte adjetiva de este proyecto se cambian totalmente las normas de procedimiento, y así, de un procedimiento exclusivamente escrito, como el actual, se pasa a otro de carácter mixto: escrito en la instrucción y oral en sus trámites más avanzados. De manera que, Sr. Puig de Asprer y Sres. diputados, esa razón de que hubiéramos de aceptar los trámites del juicio de mayor cuantía, porque en éste se da la réplica y se da la dúplica, porque pueden quedar cosas que no se han dicho en la demanda, ni se han alegado en la contestación, deja de tener eficacia y valor convincente cuando nos hallamos ante un procedimiento en el cual existen un juez instructor y un Tribunal que resuelve, y ante este Tribunal oralmente y las partes tienen que exponer las razones en que fundan su derecho, y es entonces cuando los defensores de las partes, con mayor vivacidad, con mayor fuerza, con mayores palpitaciones de vida y de juicio, dirán ante el Tribunal todos aquellos comentarios que les sugieran las pruebas practicadas y las razones que sean contrapuestas.

Vea, pues, el Sr. Puig de Asprer cómo la aceptación del trámite del juicio de menor cuantía no perjudica en nada aquellas garantías de los litigantes que se deban exigir, tratándose de una materia tan delicada como la del divorcio.

En cuanto a que se mantuviera la estructura procesal del juicio de mayor cuantía, entiende la Comisión, contrariamente a las razones del firmante de la enmienda, que así la réplica como la dúplica, como el escrito de conclusiones, son trámites perfectamente inútiles, que no conducen más que a una lamentable pérdida de tiempo, y por esto se ha aceptado la modalidad general del juicio de menor cuantía, con algunas modificaciones de carácter objetivo, que son las que se encuentran en el desarrollo del articulado de la Ley.

Respecto al acto de conciliación, tampoco la Comisión comparte el criterio del Sr. Puig de Asprer, pues cree que la interposición de una demanda de divorcio no será algo nacido de un motivo sentimental, sino que, por la misma gravedad que tiene el planteamiento de estos casos, habrá sido sobradamente meditada y sometida a consejos de personas versadas y peritas, y, por lo tanto, estimando que no es eficaz, sino muchas veces lo contrario, el acto de conciliación, mantenemos en su totalidad el dictamen, sintiendo mucho que, por venir de S.S. la enmienda y por haber sido defendida con el acierto y elocuencia con que lo fue, no puede aceptarse".

En turno de rectificación, el Sr. Puig de Asprer, sin insistir en lo que ya dijera respecto a la necesidad del acto de conciliación, manifiesta, en cuanto a la convivencia de adoptar en esta clase de pleitos los trámites del juicio de mayor cuantía, la utilidad de que en los mismos no se prescindiera de los escritos fundamentales de réplica y dúplica, única manera de resolver por la sentencia, así, como la ventaja en cuanto a los plazos, pues el trámite de comparecer en juicio y contestar la demanda en los juicios de menor cuantía es sólo de nueve días, plazo insuficiente para que un cónyuge demandado de divorcio o de separación pueda comparecer en juicio o formalizar la demanda:

"... Me de rectificar sobriamente al Sr. Diputado de la Comisión que me ha contestado.

Respecto al segundo extremo de la necesidad del acto de conciliación, no he de insistir en lo que anteriormente dije. Y en cuanto a la tramitación del juicio de mayor cuantía, sólo ha de manifestar que ni al formular ni enmienda ni al sostenerla en este momento se me ha ocultado que la Comisión, en su dictamen, va a regular un juicio diferente del juicio ordinario que regulan las leyes de Procedimiento civil. Pero precisamente por esto, porque se trata de abreviar después los trámites usuales del juicio (que llama el dictamen de menor cuantía y que yo sostengo que debo ser, en realidad, el de mayor cuantía), es necesario que el escrito fundamental del juicio de divorcio, en mi criterio, sea no solamente la demanda y la contestación, sino también la réplica y la dúplica, única manera de que quede bien planteado en esta clase de juicios lo que se va a resolver por la sentencia.

Ya se yo que los juicios hoy día pecan de largos, de caros, de lo que se quiera, y si se tratase de reformar el procedimiento de una manera general, yo quizá estaría de acuerdo con los puntos de vista de la Comisión; pero no estoy conforme con la modificación que ésta propone, y a cambiarla tienden sucesivas enmiendas que luego han de ser leídas ante la Cámara, que se modifique el procedimiento, no en cuanto a la decisión del pleito, sino a su trámite promotorio, que entiendo es lo más esencial, lo más largo, lo más complicado, si se quiere lo más farragoso -digámoslo así- judicialmente; pero precisamente esos escritos fundamentales: demanda, contestación, réplica y dúplica, creo que son necesarios y que no se puede prescindir de ellos, como no se suprime, según antes he dicho, la clasificación de los pleitos en de menor y mayor cuantía.

Por otra parte, la ventaja que veo en el procedimiento que inicio en la enmienda que tengo el honor de defender, es la de que se aumentan los plazos, pues el trámite de comparecer en juicio y contestar la demanda en los juicios de menor cuantía es sólo de nueve días, y este es un plazo que no creo bastante para que un cónyuge demandado de divorcio o de separación pueda comparecer en juicio o formalizar la demanda. Es demasiado importante un pleito de divorcio para que en nueve días pueda hacerse todo y, por consiguiente, el trámite del juicio de mayor cuantía, nueve días para comparecer y veinte para contestar a la demanda, es necesario. Téngase en cuenta que un juicio de divorcio es, generalmente, de mayor importancia que los pleitos que se ventilan mediante los juicios de mayor cuantía".

En votación ordinaria, fue desechada por la Cámara esta enmienda del Sr. Puig de Asprer por 88 votos contra 59 (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3919-3921).

b) Enmienda del Sr. Gasset proponiendo la siguiente redacción del artículo 43 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites de juicio declarativo de mayor cuantía, con las modificaciones introducidas por esta ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente a la conciliación, cuando se funde en las causas

1º, 2º, 3º, la 7ª -si es de caracter grave-, 10, 11 y la 13. Si que los será en los demás casos ante el juez municipal del domicilio en que resida el demandado, si lo tiene conocido en España, aunque sea fuera del territorio del Juzgado competente para conocer del pleito. Para dicho acto conciliatorio, el juez podrá nombrar hombres buenos, además de los que deben concurrir para asistir a los litigantes" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109):

Lefda por segunda vez a continuación de haberse rechazado por la Cámara la enmienda suscrita por el Sr. Puig Asprer, el Sr. Gasset apoya los dos extremos que abarca la enmienda por él suscrita, muy similar a la del Sr. Puig Asprer, primero, en cuanto a la clase de procedimiento a seguir en esta clase de juicios, aparte de la ironía que supone el decir que un pleito de divorcio es un pleito de menor cuantía, defiende, en cuanto al fondo del asunto, los trámites del juicio de mayor cuantía con base a las razones ya expuestas por el Sr. Puig Asprer en cuanto a los plazos concedidos en el juicio de menor cuantía para comparecer y contestar a la demanda y para proponer y practicar la prueba y los concedidos en el juicio de mayor cuantía que suponen una más completa garantía para las partes litigantes y segundo, respecto al acto de conciliación, en que señala en qué casos debe irse a la conciliación y en que casos no debe hacerse:

"... Sres. Diputados, como la propuesta que voy a defender es idéntica a la que acaba de apoyar elocuentemente al Sr. Puig de Asprer y ya me es conocida la opinión de la Cámara, creo que va a ser casi imposible que prospere mi deseo. Pero lo estimo de tal importancia, que me veo obligado a mantener mi enmienda, aunque tenga que repetir los propios argumentos del Sr. Puig de Asprer y alguno más, por si la Comisión quisiera atender, en todo o en parte, mi petición.

Decir que un pleito de divorcio es un pleito de menor cuantía, es una ironía y un sarcasmo; es tanto como decir que el matrimonio, que la unión y la separación y la asistencia de los hijos son cosas que valen y significan tan poco como en el orden civil vale una cantidad que no exceda de ocho mil pesetas; y aunque no fuera más que variar el nombre, ya sería conveniente que la Comisión lo hiciera, para evitar siquiera críticas que seguramente han de salir al paso de la obra que aquí estamos realizando.

Pero aparte del nombre, con ser muy importante, yo creo que es más importante aún el fondo del asunto, y me voy a dirigir ahora a aquellos Sres. Diputados que no tienen la desgracia de ser abogados, pues los que lo son conocen perfectamente lo que voy a decir. Se distinguen unos juicios de otros en los plazos concedidos en los períodos de discusión y prueba, aparte los escritos de conclusiones, porque en cuanto a éstos creo que ha hecho muy bien la Comisión suprimiéndolos. Yo aplaudo que la Comisión haya aceptado, como decía antes su digno presidente, un sistema mixto, de juicio escrito y oral, que permitirá abreviar mucho. Pero creo que es de gran importancia el poco término que se da para contestar y para la prueba. en la menor cuantía se concede un plazo de nueve días y una prórroga -posible, pero no segura-, de cuatro para comparecer y contestar. Y adviertan esto los señores Diputados: ¿cree que es posible que en nueve días, la persona que se ve sorprendida por una demanda de divorcio, que no hubiera tenido previa noticia de la misma, en nueve días, y mucho más si está en población en que no radican las personas allegadas de su familia, elija abogados, designe procurador, les confie poderes, les dé instrucciones y se redacten los escritos, en asuntos que generalmente son tan complicados? De suerte que establecer los plazos de juicio de menor cuantía es colocar a la parte demandada en tales condiciones de inferioridad, que probablemente en el mayor número de los casos tendrá que desistir de su propia defensa y hacerlo en términos muy difíciles.

Podrá suponerse que en los pleitos de divorcio la razón asiste por regla general, al demandante. No diré que no. Por regla general, los demandantes, si no proceden de mala fe, van a los pleitos porque creen tener razón; pero muchas veces no la tienen, y sobre todo en las cuestiones complejas de un divorcio, porque podrá haber motivado uno de los cónyuges un hecho que sea de los comprendidos en el artículo 3º, por ese cónyuge, tachado de culpable por la parte demandante, ¿no podrá alegar en su defensa que muchas de las cosas que se le atribuyen no son culpas de él, sino del otro cónyuge que se presenta como inocente? Pues qué, ¿no hay palabras ofensivas, agravios o golpes en que no siempre tiene la culpa el que las pronuncia o el que los da, sino que acaso tiene más bien la

culpa aquel que ha motivado el hecho? Además, puede ocurrir que el cónyuge demandado tenga necesidad de formular una reconvencción y se va a encontrar en la misma situación angustiosa para hacer que prevalezca su derecho.

Si de aquí pasamos a la prueba, digo lo mismo: seis días para proponer, veinte días para ejecutar. Cuando tenemos alguna práctica de despacho sabemos que ese término ha de ser insuficiente para que los letrados puedan en ese juicio realizar todo aquello que a la justicia convenga.

Además, hay que tener en cuenta que para esas pruebas, si está el interesado en lugar distinto de aquel en que se haya incoado el pleito, hay necesidad de que medien ciertas contestaciones, que se sepa cuál es el parecer de los peritos, lo que van a declarar -porque no todos habían declarado previamente ante notario-, para que se conozcan los términos de su declaración, etc. De modo que vamos a colocar al cónyuge en un situación verdaderamente peligrosa. Y todo ¿por qué? Porque si ello fuera motivo para que los pleitos se abreviaran en gran manera, habría necesidad de correr todos estos riesgos, para evitar que una pérdida de tiempo pusiera en peligro las personas y los intereses de los cónyuges y de los hijos.

Pero fijese la Comisión, formada casi toda ella por dignísimos letrados: ¿qué diferencia hay entre el dictamen y lo que el Sr. Puig de Asprer y yo proponemos? Menos de dos meses; porque siendo el plazo para comparecer el mismo, no se va a aumentar más que con el plazo de contestación y luego se va a diferir un poco el período de prueba; total, no llega a dos meses. Y transigiría con que se suprimieran la réplica y la dúplica (las conclusiones, desde luego, porque hemos dicho que vamos al juicio oral), puesto que, al fin y a la postre, es de suponer que quien tiene prisa en el pleito es la parte demandante, y puede renunciar a la réplica. Además, las partes tendrán ya ocasión de replicar y duplicar en el juicio oral. De modo que con dos meses más hemos dado completa garantía a las partes litigantes.

Y ahora dos palabras sobre el acto de conciliación. Hay muchos matrimonios que riñen y que se separan porque no hay una persona que intervenga. Claro está que todas las causas del divorcio no son lo mismo. Exigir al marido que vaya a un acto conciliatorio cuando trate de divorciarse por adulterio de la esposa, creo que no debe hacerse. Por eso he señalado en la enmienda en qué casos debe irse a la conciliación y ahora añado que no puede alegarse en contra que se trata del estado civil; porque del estado civil se trata cuando es la posesión del estado de marido, esposa, padres e hijos la que se va a litigar; pero aquí no se trata del estado civil, sino de un pleito sobre un futuro estado civil que pueden crear los cónyuges. Por consiguiente, creo que conviene al divorcio hacer que su juicio se celebre con más formalidades, y por eso decía en mi enmienda que fuera potestativo del juez llevar a ese acto conciliatorio hombres buenos, aparte de los que lleven los litigantes, que generalmente llevan a cualquiera, y si el juez, por sus ocupaciones, no puede dedicar todo el tiempo necesario para poner paz entre los cónyuges, puede valerse de esos hombres buenos, y no sería, seguramente, el primer matrimonio ni el milésimo que después de haber intentado divorciarse haya seguido viviendo en paz y armonía".

Muy brevemente y para mantener el texto del dictamen en contra de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset interviene en la discusión de la misma, en nombre de la Comisión, el Sr. Quintana de León que, aparte de los argumentos empleados anteriormente para rechazar la enmienda del Sr. Puig de Asprer, señala cómo la Comisión no pretende calificar como de menor cuantía el juicio de divorcio, sino que lo que pide es que en la parte adjetiva de esta ley se sigan los trámites preestablecidos para el juicio de menor cuantía:

"... Habrá de perdonar el Sr. Gasset que la Comisión no reitere los argumentos empleados anteriormente para rechazar la enmienda del Sr. Puig Asprer. La Comisión no pretende calificar como de menor cuantía el juicio de divorcio ni aplicarle adjetivos que puedan significar olvido de su importancia ni desprecio de su interés; lo que la Comisión pide es - que en esta parte adjetiva de esta ley se sigan los trámites preestablecidos para un determinado juicio, prescindiendo en absoluto de la materia y ateniéndose exclusivamente a la organización procesal. Hemos tenido en cuenta todos aquellos accidentes de carácter rutinario que pudieran presentarse en la tramitación del juicio, y así, entendiendo, Sr.

Gasset, que los hechos que se debaten en un juicio de divorcio son, por lo íntimos, profunda y detalladamente conocidos por los litigantes; teniendo en cuenta que en la contestación a una demanda no es preciso llenar páginas y páginas de literatura, sino que pueden los directores de las partes limitarse a negar los hechos alegados por el actor, hemos mantenido un trámite breve en el planteamiento de la litis; y teniendo también en cuenta que pueden ofrecerse dificultades en cuanto al período probatorio, hemos aceptado, parcialmente, un voto particular del Sr. Fernández Clérico, en el sentido de que se establezca un término de diez días para proponer y un término de veinte días para practicar, con lo cual se dan mayores facilidades y garantías a los litigantes y sin subvenir los términos comunes del juicio, se ofrece una plena posibilidad de probanza, con lo cual el interés de los litigantes no padece, se ahorran trámites y se gana tiempo.

Por estas razones, Sr. Gasset, la Comisión lamentándolo mucho, como antes decía al Sr. Puig de Asprer, no puede aceptar la enmienda y mantiene su criterio":

En turno de rectificación, el Sr. Gasset, viendo que la Comisión está en términos de transacción, propone, a su vez, la siguiente transacción:

"... Agradecido a las amables manifestaciones de la Comisión, y puesto que, según anuncia, está en términos de transacción, ¿por qué no transige conmigo, no por ser yo, sino por los principios que sustento, ya que ha transigido con el digno compañero de Comisión Sr. Fernández Clérico? Y esos términos de transacción podrían ser tan sencillos como éstos: En lugar de llamarle juicio de menor cuantía, denominarle juicio especial, puesto que, en realidad, va a ser completamente distinto del juicio de menor cuantía; y con eso hemos salvado la ironía y el sarcasmo. Y ahora añado que, comparecido el demandado, además tendrá nueve días para contestar a la demanda, y la prueba, que la señalaba en veinte días, señálemosla en treinta.

Con estos pequeños respiros creo que podrán satisfacerse todas las aspiraciones de los que en lo sucesivo tengan que oponerse a una demanda de divorcio":

Sin más discusión, y consultada la Cámara, en votación ordinaria quedó desechada la enmienda suscrita por el Sr. Gasset por 80 votos contra 39 (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3921-3923).

c) Enmienda del Ossorio y Gallardo proponiendo la siguiente redacción del artículo 43 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Al artículo 43, en lugar de hablar del juicio de menor cuantía, se mencionará el de mayor cuantía" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice Iº al NUN. 118):

Leída por segunda vez a continuación de haberse desechado por la Cámara la enmienda suscrita por el Sr. Gasset, el Sr. Ossorio y Gallardo, coincidiendo con el criterio ya expresado de los Sres. Puig de Asprer y Gasset, entiende que, aparte del mal efecto que produce el decir que los divorcios se ventilarán como pleitos de menos cuantía, lo sustancial es que en los trámites del juicio de menor cuantía no hay tiempo para tomar seriamente un debate de la envergadura que suponen los gravísimos problemas familiares, reduciéndose en esta fase de la discusión todo el problema a pedir que haya un término más amplio para que el cónyuge demandado pueda contestar la demanda, que tenga unos pocos días más para definir su situación, para prevenir sus argumentos y para calcular las pruebas que habrá de reunir:

"... En otra ocasión sería notable impertinencia insistir, por tercera vez, en un criterio que las dos anteriores ha sido rechazado. Sin embargo, por la importancia que el tema tiene, aun siendo meramente procesal, yo me permito hacer un nuevo llamamiento a la Comisión y a la Cámara, coincidiendo en todo con las razones expuestas por los Sres. Puig y Asprer y Gasset.

Sin que sea rendir extremado culto a la terminología, es evidente que el decir que los divorcios se ventilarán como pleitos de menor cuantía, es de mal efecto. En el vocabulario judicial, mayor cuantía es lo que tiene importancia superior a 20.000 pesetas, y menor cuantía, lo que tiene como límite máximo 20.000 pesetas, desde la reforma de D. Fernando de los Ríos; que antes el límite era 3.000 pesetas (El Sr. Fernández Clérico: No se discute la cuantía, sino la tramitación) Demasiado se que no se discute ninguna cuantía. Pero, ¿es que hay matrimonios de cuantía determinada, salvo los que realizan los Coburgos? No hay matrimonio de tantas o cuantas pesetas. Lo que yo quiero decir es

que, para un lector sereno, hace mal efecto, aunque no afecte a la substancia, el declarar en una ley que la disolución, el rompimiento de una familia es tema que se trata como los asuntos de cuantía íntima. No digo que afecte a la substancia, sino que el usar de esta terminología es de mal efecto. Y ahora vamos a lo substancial.

Lo substancial es que en los trámites del juicio de menor cuantía no hay tiempo para tomar seriamente un debate de esta envergadura; porque en el juicio de menor cuantía (se acaba de decir, pero yo me complazco en repetirlo para los Sres. diputados que no son abogados), el demandado tiene que comparecer y contestar a la demanda de un plazo de nueve días (El Sr. Fernández Clérigo: tiene prórroga de cuatro días, Sr. Ossorio) ¡Caramba!, es una solicitud para las observaciones que a mí me honra y me confunde; pero yo agradecería que se me dejase acabar.

El término es de nueve días, y, si los Sres. diputados no me interrumpen, añadiré que, en efecto, puede tener prórroga de cuatro, aun cuando conviniera decir que el dictamen no trae ningún artículo, si yo no recuerdo mal, que diga que la ley de Enjuiciamiento es aquí supletoria (El Sr. Fernández Clérigo: No es preciso, Sr. Ossorio). Entonces resulta que, en efecto, ni siquiera se dice eso.

Los días de contestación son trece, con la prórroga, y yo digo que esos gravísimos problemas familiares, que requieren la formación de un juicio de conciencia, a veces la revisión de un largo período de la vida, la aportación de cartas, de documentos, a veces de cuentas (yo tengo ahora un divorcio en que ha habido que aportar infinidad de facturas para demostrar que el marido no abandonó a la mujer); en que hay que recordar hechos, solicitar la memoria de testigos, todo eso, para hecho en trece días, me parece un poco precipitado.

Los términos de réplica y dúplica no son cosa caprichosa, porque ocurre que habiendo réplica y dúplica, cada cual sabe lo que dice el otro, y no habiendo réplica y dúplica, el demandado sabrá lo que ha dicho el demandante, pero el demandante, cuando escribía su demanda, no supo lo que iba a decir el demandado. Pero, en fin, nuestra condescendencia ha sido tanta, que parece que mis compañeros impugnadores del dictamen se prestan a renunciar a la réplica y a la dúplica; renunciadas.

Lo del período de prueba parece que se va a discutir en otro artículo posterior; pues dejemos para entonces lo del período de prueba. Y todo queda reducido a pedir que haya un término un poco más amplio para contestar a la demanda. En el momento actual en que discutimos, no hay ya más tema que el de dejar a un cónyuge demandado que tenga unos pocos días más para definir su situación, para prevenir sus argumentos, y para calcular las pruebas que habrá de reunir. ¿Le parece a la Comisión, y a la Cámara toda, que de verdad merece la pena de sostener grandes forzajeos para regatear a un cónyuge demandado diez o doce días? Porque no se trata de dilatar el pleito durante meses. En el juicio de mayor cuantía hay diez días para comparecer y veinte para contestar a la demanda, de modo que son treinta días. Yo pido lo mismo; y contestar; pero, la verdad, hace una contestación cerrada por parte de la Comisión de este regateo de días en pleitos que son, moral y socialmente, los más trascendentales que puedan presentarse, me parece un extremado amor a las opiniones propias, que no estaría justificado si las opiniones no vinieran de mentes tan esclarecidas como las que sostienen el criterio adverso".

Ante la coincidencia de pareceres de los Sres. Puig de Asprer, Gasset y Ossorio y Gallardo, el Sr. Quintana de León, de la Comisión, propone, en nombre de ésta, una solución transaccional en los dos puntos en que parece se criticaba más frecuentemente el texto del dictamen, respecto al aspecto terminológico y respecto del plazo que tenga el demandado para contestar la demanda:

"... La Comisión, Sres. Diputados, se encuentra ahora realmente en un aprieto. Ha escuchado las palabras del Sr. Puig de Asprer, las del Sr. Gasset y las del Sr. Ossorio; todas ellas le merecen, naturalmente, el mismo respeto, pero ya la coincidencia de los tres nos hacen reflexionar si no será bueno atender algunas de las sugerencias que de esas palabras se desprenden, para que no pueda acusarse a la Comisión de excesivamente aferrada a un principio, y no pueda mañana el litigante que se vea en el aprieto de no poder o de no saber defender, achacar a los que forjamos la ley las dificultades procesales con que tropiezo. Parece que inspira repugnancia una terminología que nosotros aceptábamos

porque, como en la ley de Enjuiciamiento civil se establecían trámites típicos para este juicio, nos pareció que admitirlo e incorporarlo a la ley era dar completa claridad y dejar abierto un margen de cauce supletorio a la tramitación del juicio. Pero, en fin, ¿es que prefieren los Sres. Diputados que impugnan el dictamen, y coinciden con ellos la Cámara en la necesidad, que suprimamos esta odiosa y denigrante terminología "de menor cuantía" y digamos que el juicio se seguirá por los trámites que establecen los artículos tales y cuáles de la ley de Enjuiciamiento civil? No habrá, por nuestra parte, ningún inconveniente, y quizá puedan con ello desvanecerse los escrúpulos de los impugnadores.

En cuanto a la supresión de la réplica y la dúplica y de las conclusiones, sigue siendo criterio de la Comisión la inutilidad del trámite y, por lo tanto, en esto mantiene su primitivo criterio. Bastante tiempo y posibilidades habrá en la vista para alegar las razones que quedaran en el silencio o en el olvido al formular la demanda o al contestarla (El Sr. Ossorio y Gallardo: En eso, acordes) Ahora bien; vamos a llegar a una solución transaccional o de concordia respecto al plazo que tenga el demandado para poder oponer razones a las del actor. ¿Le parece a la Cámara, y aceptan mis compañeros de Comisión, desde luego, que se establezca para contestar a la demanda -ya que el actor tuvo todo el tiempo que le plugo para prepararla- un término común de personamiento y contestación de veinte días, prorrogables por diez? (El Sr. Salazar Alonso pide la palabra) ¿Está conforme la Cámara en el plazo de veinte días, prorrogables por diez, para comparecer y contestar a la demanda? (Asentimiento) Pues la Comisión, por mayoría de votos de sus componentes (ya que no tiene la fortuna de alcanzar en este caso una absoluta unanimidad), propone a la Cámara, como fórmula de transacción, ésta concreta: "el demandado podrá en un término de veinte días, prorrogables por diez, comparecer y contestar a la demanda" (El Sr. Ossorio y Gallardo: Por mi parte, conforme y agradecido)"

No obstante el criterio transaccional propuesto por el Sr. Quintana de León, el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión, se opone al mismo por creer va en contra de lo que debía ser el nervio de la Ley que se discute, que es la rapidez en el procedimiento:

"... Sin que esto suponga querer discrepar, y ahincar en esta discrepancia, del criterio de mis compañeros de Comisión, me permito llamar la atención a la Cámara acerca de algo que es importante. Nosotros hemos aceptado la denominación "de menor cuantía", porque hemos rendido, como decía muy bien mi compañero Sr. Quintana, sus trámites a esta construcción de una ley existente. Ya ve el Sr. Ossorio y Gallardo cómo eso nos ahorra hacer declaraciones de si quedaban subsistentes, como supletorias, leyes que establecían un procedimiento. Y es que en esta ley de Divorcio buscó la Comisión Jurídica Asesora. Y ha buscado la Comisión de Justicia, un sistema sin el cual no puede haber ley: claridad, y, sobre todo, que estos pleitos de divorcio sean rápidos, que no tengan aquellos inconvenientes de los interminables juicios de mayor cuantía. Sr. Ossorio y Gallardo, ¿cómo a tan ilustre maestro, que tantas y tantas aceradas lanzas rompiera siempre contra nuestro viejo sistema, se le iba a escapar que decir de mayor cuantía era colocar en la ley un pleito a la vieja usanza de los pleitos interminables, con todas las consecuencias de ese rito cuya reforma venimos solicitando? Y decía: renunciemos a la dúplica y a la réplica. Vamos a cuentas, que si renunciáis los partidarios del mayor cuantía a lo que es esencial y pedís a los partidarios de los trámites del menor cuantía que renunciemos a lo que en nosotros es también garantía principal, resultará que no habremos hecho una ley con una técnica, con una construcción férrea, que responda a un sistema jurídico; habremos venido aquí a movernos por impulsos, por criterios de transacción, que en este tipo de leyes no deben imperar en la Cámara, la cual tiene que acomodarse a una lógica, a una férrea disciplina científica. Por esto nosotros vemos que ya es un peligro la ampliación del plazo, aunque la Comisión ha tenido un criterio transaccional. ¡Ah, maestro Ossorio! Cuando nos hallamos ante una ley que determina, caso por caso, las causas de divorcio, ¿cómo vamos a creer que se necesitan más días que para contestar a una demanda de menor cuantía, que a veces, litigando una cuantía inferior, entraña problemas jurídicos más hondos que estos que están ya previamente determinados en la ley, porque se dice cómo y cuándo puede divorciarse? ¿No ve el Sr. Ossorio y Gallardo que la dificultad estará en recoger aquellas pruebas, cuya denominación o cuyo indicio se le da al letrado que las sigue?"



Nosotros hemos transigido en ello, y si ahora son veinte días y el plazo de prueba es mayor y seguimos ese criterio, ya estoy viendo que se va a evaporar lo que creía esta Cámara constantemente que debía ser el nervio de la ley de Divorcio, que es la rapidez en el procedimiento, que entre la demanda y la sentencia no haya mucho tiempo. Yo no me opondré, ahincándome mucho, a este criterio que aceptara la mayoría de la Comisión; no tengo más que esta advertencia: vamos a ver qué sistema aceptamos, que entre un sistema y otro es posible que no salga nada eficaz y que llenemos el camino del divorcio de una serie de obstáculos que hagan que el divorcio, en la realidad, no sea sino una ley de esas que se escriben para no tener una efectividad tangible y práctica en casos como éste, que mucho más que de preocupación jurídica, son de dar forma y situación a unos estados generales que tienen que encontrar el amparo de la sociedad, representada por esta Cámara en este momento, queriendo hacer instrumentos claros, sencillos y rápidos".

Para tranquilizar los temores de dilación manifestados por el Sr. Salazar Alonso, toma la palabra de nuevo el Sr. Ossorio y Gallardo que manifiesta que la aceptación del criterio transaccional supone sólo una dilación del juicio, con garantía de los litigantes, de 15 o 20 días, sin que por ello se destruya nada de la arquitectura judicial que el dictamen ha trazado al formular este tipo de juicio:

"... Quisiera yo tranquilizar a mi querido amigo el Sr. Salazar Alonso, tan bondadoso en el trato como cruel en la dialéctica. La Comisión no puede hablar de ninguna construcción atemperada a los moldes antiguos del enjuiciamiento, porque ha tenido la fortuna, merecedora de gratitud y aplauso -que alcanza éste al Ministerio, autor del proyecto y a la Comisión jurídica Asesora-, de trazar un sistema enjuiciatorio nuevo, prudentísimo y breve y garantizador de todos los derechos, porque ha hecho un juicio, que no es ni el de mayor ni el de menor cuantía, sino una discusión ante el Juez, una práctica de pruebas ante el Juez y después la elevación de todo el pleito a la Audiencia, y ya no hay más que una instancia. De modo que la Comisión ha procedido muy bien al formular este tipo de juicio; pero, en fin, ya no es ninguno de los que nuestra ley de Enjuiciamiento consigna, y bien desaparecidos están.

Queda pues, la discusión en esto: ¿ha de haber un juicio de menor o de mayor cuantía; es decir, con réplica, con dúplica y con conclusiones? Y los impugnadores del dictamen decimos: nosotros nos ponemos al lado de la Comisión. Que no haya conclusiones: ya queda dicho que es una sola instancia; que no haya réplica, que no haya dúplica, que no pierda nada de este tiempo, que muchas veces no es perdido, sino indispensable; y nos limitamos a decir: para que se defienda el demandado, nueve días prorrogables por cuatro son pocos. Sean veinte, como acepta el Sr. Quintana, y luego en la prueba, sí, pediremos unos pocos días más para la propuesta y para la práctica. Total, habremos dilatado el juicio, con garantía de los litigantes, en 15 o 20 días más. Ya ve el Sr. Salazar Alonso cómo puede definir a nuestro ruego y proponer su discurso al lado del Sr. Quintana, sin que por ello se destruya nada de la prudentísima arquitectura judicial que el dictamen ha tenido el acierto de trazar".

Tras brevísima intervención del Sr. Puig de Asprer agradeciendo a la Comisión su bondad al aceptar este criterio transaccional y aquietando de igual modo los temores del Sr. Salazar Alonso, el Sr. Quintana de León lee a la Cámara la nueva redacción dada por la Comisión a este artículo 43 del dictamen, y verificada votación ordinaria, fue aprobado por gran mayoría el artículo, redactado en la forma propuesta por la Comisión (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Ossorio y Gallardo y aprobación definitiva del artículo 43 del dictamen conforme a la nueva redacción dada por la Comisión tras las intervenciones de los Sres. Puig de Asprer, Gasset y Ossorio y Gallardo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3923-3925).

Una orden del Ministerio de Justicia de 19 de Julio de 1932 -Repertorio Cronológico de Legislación, 1932, Aranzadi, 938- disponía en su parte dispositiva:

"Este Ministerio ha acordado declarar que los pleitos de divorcio deben tramitarse en el papel correspondiente a los juicios de menor cuantía, tomando como base, dada su indeterminación, el máximo que pueda corresponder a dichos juicios, o sea, el de la clase 10ª, de 1'50 ptas".

A su vez, otra Orden del Ministerio de Justicia de 28 de Julio de 1932 -Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 966- dispuso:

"Este Ministerio se ha servido resolver que los pleitos de separación o de divorcio por justa causa y las actuaciones para obtener la separación o el divorcio por mutuo disenso deben ser consideradas como negocios de carácter de urgencia a los efectos de lo dispuesto en el artículo 901 L.O.P.J." (El artículo 901 de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870 establecía: "La Sala de vacaciones resumirá las atribuciones del Tribunal pleno, de las Salas de gobierno y de los de justicia, y despachará los negocios que tengan carácter de urgencia").

(707) La necesidad de intentar en el juicio ordinario declarativo de menor cuantía el acto de conciliación se deduce del artículo 680 en relación con el 460, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(708) En el juicio ordinario declarativo de menor cuantía, el plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvenición, será, según dispone el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de nueve días.

La naturaleza de este requisito procesal queda reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1442-: Dictada por el Juez instructor providencia admitiendo a trámite la demanda de divorcio interpuesta por la esposa contra su marido, se acordó en ella emplazar al demandado para que compareciera en autos y la contestara dentro del término de nueve días, a contar de la fecha en que se practicara el emplazamiento, el cual solicitó para ello una prórroga de cuatro días que le fue concedida; otorgado el divorcio de los cónyuges conforme a la solicitud de la esposa, e interpuesto a nombre del marido demandado recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por haberse incumplido en la referida providencia del Juez instructor lo establecido en el artículo 46 de la ley de régimen que dispone que el plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, reconvenición, será de veinte días, se declara por el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso porque, si bien es cierto que así sucedió, no puede alegar el recurrente indefensión pues, lejos de formularse los recursos que la ley ofrece para que pudiera subsanarse aquella falta, quedó convalidada con la aquiescencia y conformidad de la parte que recurre que, lejos de solicitar que aquel término se ampliara hasta los veinte días, se limitó a pedir una prórroga de cuatro días que le fue otorgada:

"... Que en el primer fundamento del recurso se alega en razón a que disponiendo el artículo 46 de la citada ley, que el plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer en su caso la reconvenición será de 20 días, no se cumplió en la providencia que dictó el Juez de Játiva admitiendo a trámite la demanda de divorcio originaria de este pleito, toda vez que en ella se acordó emplazar al recurrente para que compareciera en autos y la contestara dentro del término de 9 días a contar de la fecha en que se practicara el emplazamiento; y si bien es cierto que así sucedió, y que por ello se cometió por el Juzgado un error o falta que fue sancionado oportunamente en la forma que el Tribunal sentenciador estimó adecuada, no es menos cierto que, lejos de formularse los recursos que la ley ofrece para que pudiera subsanarse aquella falta, quedó convalidada con la aquiescencia y conformidad de la parte que a destiempo trata de fundar en ella una indefensión que no cabe admitir; porque para que pudiera alegarse con éxito, sería necesario que en vez de aceptar sin la menor protesta lo dispuesto en la providencia referida al comparecer el demandado en los autos, no aludiendo siquiera al precepto que concede un plazo mayor al que se había señalado por el Juez para contestar la demanda, se aprestara a ejercitar su derecho en legal forma solicitando que aquel término se ampliara hasta los 20 días; y, lejos de hacerlo así se limitó a pedir una prórroga de 4 días que le fue otorgada; lo cual significa que con ellos estimó que tenía tiempo suficiente para cumplir la misión que le fuera encomendada en defensa de su cliente; y si lo que solicitó le fue concedido, y en ninguna forma pidió cuando era momento oportuno para ello, que se le ampliara el plazo por todo el tiempo que tenía derecho a solicitar y obtener, mal puede invocar con éxito una indefensión, que sólo podría producirse cuando después de ejercitar los recursos y procedimientos legales adecuados para conseguir la ampliación de ese plazo, le hubiera sido denegada; y como nada de eso ha sucedido en el presente caso, es notoria la improcedencia del recurso bajo este aspecto planteado".

(709) Artículo 47 del proyecto de ley de divorcio y 44 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 44 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 19 de Febrero de 1932 -NUM. 119- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3925).

(710) "... Que ninguno de los tres primeros motivos del recurso es procedente, porque ni la falta de documento justificativo del domicilio o residencial conyugal, que en todo caso pudo haber afectado a la competencia del Tribunal, produjo indefensión en el demandado, que actuó en el pleito como a sus intereses convino": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1821-.

(712) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1108-.

(713) "... Que igualmente procede desestimar la causa 2ª del artículo 57, o sea, la violación de las formalidades esenciales del juicio, productoras de indefensión, porque esta causa se apoya únicamente en el hecho alegado por la recurrente, en su escrito formalizando el recurso, de que el marido manifestó falsamente, durante el pleito, que su domicilio era el número 6 de la calle de Zaira, de Almería, donde no vive, según certificación aportada a los autos durante el período de prueba, y este particular ni puede legalmente calificarse de violación de formalidad esencial de juicio, ni produce indefensión, ya que la recurrente pudo fácilmente, desde la fecha de aquella certificación, destruir tal falsedad, caso de existir": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 781-.

(713) Los artículos 48 del proyecto de ley de divorcio y 45 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio establecían:

"El Ministerio fiscal será parte en el juicio principal y en todas sus incidencias":

La redacción definitiva de este artículo 48 de la Ley de Divorcio se debe a un voto particular del Sr. Martínez Noya en que proponía una nueva redacción del artículo 45 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice al NUM. 119) que, aceptado por la Comisión, quedó incorporado al dictamen, siendo aprobado sin discusión por la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3945-3946):

Quedó desechado por la Cámara un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 45 del dictamen, que pasaría a ser 47 conforme al voto particular, en que proponía la siguiente redacción de este artículo:

"El Ministerio fiscal será parte en el juicio principal y en todas las incidencias que puedan producirse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 44 y 45 (41 y 42 del proyecto)" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108, y Tomo VII, p. 3945).

Disponía el artículo 165 del Código civil:

"Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso corresponda la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño".

Con relación a este tema de los hijos, una enmienda del Sr. Ossorio y Gallardo venía a proponer un artículo entre los 45 y 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio en los siguientes términos:

#### A LAS CORTES CONSTITUYENTES

Toda ley de Divorcio ha de inspirar al legislador especialísima preocupación por lo concerniente a los hijos. En la que ahora se discute surge frecuente y diáfano el interés de éstos. En el artículo 12, al hablar de que el Juez fijará la forma en que los padres han de cumplir las obligaciones para con los hijos; en el 13, al reservar a éstos todos los derechos y ventajas que les estén asegurados por las leyes, porque sus padres o por otras personas; en el 14, al cuidar del destino de los hijos en caso de divorcio; en el 15 y en el 16, que

desarrollan el mismo ideario; en el 19, que regula la situación de las personas y de los bienes de los hijos en caso de ulteriores nupcias de los divorciados, previniendo la posibilidad de que sea nombrado judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos; en el 32, que alude a la pensión alimenticia de los descendientes; en el 36, que vuelve a referirse a la guarda de los hijos y a sus alimentos; en el 54, que permite el juez adoptar en cualquier estado del pleito medidas de urgencias respecto a las personas y a los bienes de los hijos; en el 62, que ordena al juez adoptar las medidas oportunas respecto a los hijos en caso de divorcio por mutuo disenso; y seguramente en otros pasajes que escaparán a esta rápida rebusca.

Pensar que las facultades judiciales serán bien ejercidas sin que haya quien las inste y las guíe, es excusado. Fiarlo todo siempre al celo del Ministerio Fiscal, que desconoce las intimidades de las familias, es hipótesis muy separada de la realidad. Y esperar que los hijos menores de edad, acaso en la primera infancia, sean los denunciadores de sus propias necesidades y los reclamantes del auxilio ajeno, entra en el área de lo imposible. Hágase, pues, indispensable que los hijos estén desde el primer instante y hasta después de sentenciado el divorcio asistidos de personas que velen por sus intereses y puedan promover la acción de la Justicia.

Para la designación de la persona hay que dejar al juez una prudente libertad. El sabrá entenderse de las circunstancias familiares de cada caso y buscará en la parentela de los menores la persona que juzgue más caracterizada y útil para actuar como defensor judicial. Si no encontrara ninguna, podrá conferir el encargo al presidente o a un vocal del Tribunal de Menores, allí donde funcione, ya que venturosamente esta Institución ha conquistado en España respetabilidad y crédito. Y en último término, confiará la misión al Ministerio público que, de tal suerte, aparecerá en el procedimiento velando por el interés social, vigilando la pureza del procedimiento y salvaguardando a los hijos que no tengan otra representación más allegada a ellos.

Para que esto no se convierta en motivo de devengo, habrá de requerirse de abogados, procuradores y secretarios la asistencia gratuita, que seguramente protestará, de buen grado por la dignidad de sus oficios. Únicamente en el caso de que la gestión sea útil y la forma de los menores lo consienta, podrá autorizar el juez un moderado devengo de derechos y honorarios.

Por estas consideraciones, los diputados que suscriben proponen que en el capítulo V, sección segunda, entre los artículos 45 y 46, se intercale otro concebido en otros términos:

"En los juicios de divorcio o de separación, el juez, luego de admitida la demanda y practicado, de oficio, las investigaciones que estime oportunas para conocer la situación de las familias de los cónyuges y especialmente la de los hijos, nombrará a éstos, si son menores de edad, un defensor judicial. La designación podrá recaer en un pariente, varón o mujer, de cualquiera de las dos ramas; en un vocal del Tribunal Tutelar de Menores, donde existiere, o en el Ministerio Fiscal. El nombramiento podrá ser modificado siempre que, a entender del juez, lo exija el interés de los menores.

El defensor podrá instar, antes y después de sentenciado el divorcio, cuanto crea conveniente a las personas, la educación o los bienes de los menores.

Cuando el nombramiento recaiga en un pariente, éste podrá valerse de letrado y procurador o sólo de letrado para sus actuaciones. Pero éstas no devengarán derechos ni honorarios de ninguna clase, sino cuando el juez y, en su caso, los Tribunales superiores lo autoricen, por entender que la gestión ha sido útil y que la fortuna de los menores consiente el gasto.

Si el juez o los Tribunales declaran no haber lugar a la remuneración, podrá el defensor pedir abogado y procurador de oficio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 118):

Leída por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, al no aceptarse por la Comisión, el Sr. Arranz, firmante de la misma, ante la ausencia de la Cámara del Sr. Ossorio y Gallardo, sale en defensa de la misma explicando que su objeto es la de determinar las personas que puedan acudir ante los Tribunales mientras se sustancia el juicio y después de haberse dictado la sentencia para pedir lo que sea conducente a la defensa de los hijos:

"... Lamento la ausencia del primer firmante de la enmienda, Sr. Ossorio y Gallardo; pero como mi firma aparece en ella, voy a hacer breves observaciones a la Comisión respecto de algunos extremos de esta propuesta.

Tiene alguna relación con una enmienda que hube de mantener al artículo 17, si no recuerdo mal, del dictamen, y pedimos los firmantes de la misma que se determinase perfectamente quienes

podían solicitar la modificación de la situación en que quedaran los hijos a raíz de dictarse la sentencia de divorcio. Creo recordar que el señor Presidente de la Comisión, al contestarme para manifestar que no se podía admitir esa enmienda, indicaba que algo de lo que en ella se proponía podría tener su lugar en el capítulo relativo al procedimiento del divorcio. Y aquí, en esta enmienda del Sr. Ossorio y Gallardo, se trata de llenar aquella omisión que, a nuestro juicio, se mantiene en el proyecto: la de qué personas pueden instar lo que convenga en beneficio y defensa de los hijos del matrimonio cuando se produce el divorcio, durante la tramitación del juicio y después de dictada la sentencia de divorcio. Viende la enmienda a que existan personas, que ahí se determinan (que son los parientes de una y otra rama, los vocales del Tribunal de Menores, en su caso, y, en su defecto, el Ministerio fiscal), que pueden acudir ante los Tribunales mientras se sustancia el divorcio y después de haberse dictado la sentencia, para pedir lo que sea conducente a la defensa de los hijos.

Si la Comisión consideraba entonces que este artículo podía ser el adecuado para recoger el espíritu de aquella enmienda, ¿por qué ahora la rechaza en absoluto, aun cuando por alguna circunstancia, de la que yo me hago cargo, no se pueda recoger en absoluto la enmienda del Sr. Ossorio y Gallardo?

Estas son las manifestaciones que yo quería hacer, y espero de la Comisión que, por lo menos, aclare este asunto:

En nombre de la Comisión contest al Sr. Arranz el Sr. Baeza Medina que señala cómo aquélla, al revisar el artículo 45 del dictamen, al determinar cuándo y en qué condiciones ha de intervenir el Ministerio fiscal, el espíritu de esta enmienda se recogió al añadir en dicho artículo el inciso "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil" con lo que, los menores que se consideren con un interés encontrado, en pugna con el que los padres puedan representar en ese pleito de separación o de divorcio, harán uso de las facultades que se les conceden e instarán el nombramiento de defensor judicial en el sentido más amplio y con los requisitos que el Código civil establece:

"... La Comisión recogió, al revisar el artículo pertinente del dictamen, las manifestaciones que oportunamente hizo el Sr. Diputado que acaba de hablar, y en el artículo 45, al determinar cuándo y en qué condiciones ha de intervenir el Ministerio fiscal, o sea cuando existan menores, ausentes o incapaces, ha añadido "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil". Es decir, que subsistiendo el artículo 165 del Código civil, los menores que se consideren con un interés encontrado, en pugna con el que los padres puedan representar en ese pleito de divorcio, harán uso de las facultades que se les conceden e instarán el nombramiento de defensor en el sentido más amplio, con los requisitos que el Código civil establece. Por consiguiente, no hemos señalado características ni modalidades especiales en la ley de Divorcio.

Queda, pues, admitido en espíritu cuanto se indicaba por el Sr. Diputado al hablar en uno de los artículos anteriores, y en cambio, se evita la dualidad, que supone ahora la enmienda del Sr. Ossorio y Gallardo, de que el juez pueda nombrar un defensor, o que pueda serlo un vocal del Tribunal Tutelar de Menores o el Ministerio fiscal; porque se daría el caso paradójico de que el Ministerio fiscal interviniese no sólo desde el punto de vista social que el divorcio representa, cuando existan menores, ausentes o incapaces, sino en aquellos casos singulares en que algún hijo tuviera interés encontrado al de los padres":

Sin más discusión, quedó rechazada la enmienda del Sr. Ossorio y Gallardo (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Ossorio y Gallardo, y defendida por el Sr. Arranz, uno de los firmantes de la misma: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3946).

Como señala el mismo artículo 165 del Código civil, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma, para el nombramiento del defensor judicial que represente a los menores no emancipados en juicio y fuera de él es necesario que se dé una oposición de intereses entre el padre o la madre y el hijo no emancipado, y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1409-; "... Que no se ha infringido por el Tribunal "a quo" el artículo 48 de la ley de 2 de marzo de 1932, como se supone por el recurrente, puesto que el Ministerio Fiscal, en representación de los menores ha sido parte en el presente juicio, interviniendo activamente en el mismo y formulando peticiones cuando

lo ha creído necesario; y, si bien no aparece que se procediera el nombramiento de defensor que establece el artículo 165 del Código Civil, fue sin duda por no estar demostrada la oposición de intereses entre padres e hijos, según se manifiesta en la sentencia recurrida; deduciéndose de todo ello que no se han violado formalidades esenciales del juicio que produzcan indefensión, ni por tanto, concurre la causa de revisión número segundo del artículo 57 de la ley de divorcio, invocada en el recurso".

(714) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1470-.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1505-: Interpuesto por el marido demandante recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia fundado en la causa 2ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio por entender que la falta de intervención del fiscal durante el período de instrucción e instancia única constituye violación de las formalidades esenciales del juicio que produce indefensión, y habiendo solicitado el Ministerio Fiscal "in voce" en el acto de la vista ante el Tribunal la nulidad de todo lo actuado por el mismo motivo, el Tribunal Supremo desestima la petición del fiscal porque habiéndosele conferido traslado para instrucción en este recurso se dió por instruido de los autos, sin añadir nada más, con cuya actuación consintió todo lo hasta entonces tramitado, declarándose igualmente no haber lugar al recurso de la parte recurrente por no haberse concretado en qué consistió la indefensión:

"... Que las cuestiones a resolver en este recurso son las siguientes: Segunda: Si el haber omitido la intervención del Ministerio Fiscal durante el período de instrucción e instancia única produce o no un quebrantamiento sustancial del procedimiento, con indefensión del hijo menor de edad, del matrimonio.

Que sea cualquiera la interpretación del artículo 48, respecto a la intervención como parte del Ministerio fiscal, es indudable que en este recurso se le confirió traslado para instrucción por el término legal, manifestando quedar suficientemente instruido por el término legal, manifestando quedar suficientemente instruido en los autos, sin formular protestas, recurso ni petición alguna, con cuya actuación es a todas luces evidente que consistió todo lo hasta entonces tramitado, no siéndole lícito volver sobre sus propios actos, solicitando "in voce" en el acto de la vista la nulidad de todo lo actuado, tanto más cuanto que no expuso en qué consistió la indefensión, por no haber sido parte, así como tampoco la concreta el recurrente, lo que era preciso para alegar y en su caso estimar la causa 2ª del artículo 57, máxime en el presente caso, en que aquella supuesta indefensión la refieren a la situación del hijo, menor de edad, del matrimonio, esto es, en poder de cual de los esposos ha de quedar, o, en su caso, ser provisto de tutor, cuestión ésta que, por ser susceptible de alteración, aun después de dictada sentencia firme en estos autos, y por no referirse directamente al fondo del asunto, ni a la culpabilidad de los cónyuges, no es propia de recurso de revisión, como ya lo tiene declarado este Tribunal, siendo los motivos expuestos suficientes para resolver también en sentido negativo la segunda cuestión planteada".

(715) Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1933 -"Gaceta", 11-:

Viene siendo objeto de varias y encontradas interpretaciones por los señores Jueces de primera instancia y por las Salas de las Audiencias el texto del artículo 48 de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932, y aun la Sala primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de Febrero actual, afirma que existe en ese texto legal cierta indeterminación sobre si los que se encuentran en tal situación han de ser alguno de los cónyuges o si alcanza la referencia a los hijos del matrimonio, y se da el caso de que en determinados asuntos no se ha tenido por parte el Ministerio Fiscal, porque aunque había hijos menores, los cónyuges no lo eran, al paso que en otros, siendo menor algún cónyuge, no se tuvo por parte el fiscal por no existir hijos y con unas y otras interpretaciones, es lo cierto que, en muchos pleitos, va quedando sin cumplimiento el referido artículo 48 de la ley del Divorcio.

Hay también múltiples ocasiones en que habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, su intervención es meramente formularia, con una contestación negativa a la demanda y sin asistir después

a diligencias de prueba ni demás trámite en que pudiera ser eficaz la intervención fiscal, y, por último, ejercitando el recurso de revisión ante la Sala primera del Tribunal Supremo, según preceptúa el artículo 57, no se tiene noticia de ello en esta fiscalía, hasta que se le confiese traslado de instrucción del recurso; pero sin que las respectivas Fiscalías de origen, ni al interponerse por alguna de las partes, ni al ser emplazada para ante el Tribunal supremo, lo comunique ni remita antecedentes de ninguna clase.

Para evitar estos inconvenientes, que deben procurarse obviar a todo trance se servirán los señores fiscales de las Audiencias territoriales y provinciales dar cumplimiento estricto e ineludible a la siguientes instrucciones:

1ª: Hasta tanto que por la Sala primera de este Tribunal Supremo se sienta la jurisprudencia adecuada, respecto a la interpretación y alcance del artículo 48, los fiscales solicitarán de los Juzgados se les tenga por parte en todas aquellas demandas de divorcio en que los cónyuges o alguno de ellos sea menor o se encuentre ausente o incapacitado, y lo mismo cuando haya hijos en esas circunstancias, promoviendo incidente de nulidad de actuaciones en todos aquellos pleitos en que así no se hiciere.

2ª: La intervención del fiscal, sin que para nada roce ni se inmiscuya en el aspecto privado del divorcio, será lo suficientemente activa y directa que requiere la vela eficaz de los derechos de menores, ausentes o incapaces que como cónyuges o hijos de éstos figuren en el litigio, ya que de la declaración de culpabilidad, y del hecho de quedar en poder de uno u otro padre los hijos, dependen derechos tan esenciales como los de la Patria Potestad y administración y usufructo de bienes, según disponen los artículos 18, 17 y 20 de la precitada ley.

3ª: En todos los casos en que, bien por alguna de las partes o bien por la propia Fiscalía, se interponga el recurso de revisión, se remitirá inmediatamente a ser emplazado a esta Fiscalía general de la República, copia literal de la sentencia y del recurso y cuantos informes o antecedentes al celo del fiscal le sugiera y estime necesarios para el más acertado juicio de esta Fiscalía.

(716) "... Que ninguno de los tres primeros motivos del recurso es procedente, porque... ni la presencia del Fiscal en la litis era necesaria por no existir en último término hijos del matrimonio y hallarse sometido a tutela el de la demandante, habido en su anterior casamiento; por todo lo cual deben desestimarse aquéllos en orden a la revisión interesada": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1821-; "... Que la violación de las formalidades esenciales del juicio productoras de indefensión, que se alega con fundamento en la falta de citación y emplazamiento del Ministerio Fiscal, no puede ser apreciada, por cuanto tal omisión no constituye un vicio procesal causante de indefensión de ninguna de las partes que en ningún momento procesal se vieron privadas de los medios que la Ley señala como amparo de sus derechos a causa de la omisión anotada por el recurrente y que no lo es, ciertamente, ya que en este juicio no hay intereses de menores, ausentes o incapaces, que es la circunstancia que para ser parte del Ministerio fiscal, exige el artículo 48 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1108-; "... Que no puede estimarse como violación de las formalidades esenciales del juicio, comprendida en la causa 2ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, el hecho de que el Juez de primera instancia no haya citado al Ministerio Fiscal al alegarse por la defensa de la demandada y como exculpación del adulterio que en ésta se le imputaba "una perturbación mental de carácter pacífico", "alucinaciones" y "delirio amoroso platónico" en la mujer; cuando en el súplico de tal contestación ninguna petición se hace sobre la intervención del Ministerio fiscal; la demandada tiene padres a quienes corresponde en primer término, con arreglo al artículo 214 del Código civil, solicitar la declaración de incapacidad de su hija y el juicio se siguió por todos sus trámites sin reclamación ni protesta alguna en tal sentido de ninguno de los interesados, hasta el recurso de revisión en el que se alega la falta de Ministerio público, que por no existir hijos del matrimonio ha estado ausente del pleito": Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1373-.

(717) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 447-.

(718) Disponía el artículo 49 del proyecto de ley de divorcio:

"Las partes podrán comparecer por sí mismas o por medio de procurador. En todo caso, la demanda se formulará por escrito".

A su vez, el artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de divorcio disponía:

"Las partes podrán comparecer por sí mismas o por medio de procurador y letrado, o por medio de letrado solamente. En todo caso, la demanda se formulará por escrito".

La Regla Transitoria 1ª de la Ley de Divorcio establecía:

"Mientras no se modifiquen los Aranceles, los derechos que devenguen los Secretarios de los Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo no podrán exceder de 200, 150 y 300 pesetas, respectivamente, estando en dichas cantidades incluidos los derechos de los oficiales de Sala.

Los derechos que devenguen los Procuradores serán sólo de 175 pesetas en el Juzgado, 125 en la Audiencia y 200 pesetas en el Tribunal Supremo.

Durante la sustanciación del juicio en el Juzgado de primera instancia, se entenderá dividida la tramitación en dos períodos iguales, desde la demanda al recibimiento a prueba y desde este momento hasta la remisión de los autos a la audiencia.

Si durante la tramitación del asunto en la Audiencia o en el Tribunal Supremo se desistiere del asunto o se reconciliaran los cónyuges, se devengarán por los Secretarios y los Procuradores los derechos que marquen sus respectivos aranceles, siempre que no excedan de los antes fijados, que no podrán ser superados en ningún caso.

Los incidentes sólo darán derecho a percibir a los Secretarios y Procuradores la mitad de los que, por cada caso, marquen sus respectivos aranceles".

Esta Regla transitoria 1ª de la Ley de Divorcio tiene origen en un voto particular del Sr. Martínez Moya proponiendo un artículo adicional al dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 121), cuyo objeto es, según expondría el Sr. Martínez Moya en defensa de la misma, prever, "mientras no se modifiquen los aranceles judiciales", frase que adiciona en su intercesión defendiendo el voto particular, los devengos que, por razón de juicio de divorcio, hayan de percibirse por los Secretarios de los Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo como por los Procuradores, proponiéndose igualmente abaratar los juicios de esta naturaleza, ya que elevados los juicios de menor cuantía por un Decreto del Gobierno provisional de la República a la suma de 20.000 pesetas, podrían ser interpretados como de cuantía indeterminada, a estos efectos, los pleitos de divorcio, y aplicándose el máximo arancelario, devengarían derechos exorbitantes:

"... Esta disposición transitoria tiene por objeto prever, mientras no se modifiquen los aranceles judiciales, los devengos que, por razón de juicio de divorcio, hayan de percibirse tanto por los secretarios de los Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo como por los procuradores. Con ello lo único que se hace es llevar a una disposición transitoria un voto particular formulado anteriormente por el Sr. Villanueva, que la Comisión dejó para estudiarlo en este momento, que ya el Sr. Villanueva ha retirado y se trae aquí. Como posteriormente se ha declarado por la Cámara la obligatoriedad de la intervención del procurador, en esta disposición transitoria se regula lo relativo al devengo de derechos arancelarios por los secretarios y por los procuradores.

No tiene más objeto este voto particular que abaratar la administración de Justicia, ya que elevada la menor cuantía hasta la cifra de 20.000 pesetas, podrían ser interpretados como la cuantía indeterminada, a estos efectos, los pleitos de divorcio, y aplicándose el máximo arancelario, devengarían derechos exorbitantes un juicio de esta naturaleza. Y como la Cámara ha manifestado el propósito de que la administración de Justicia en este aspecto sea lo más económica posible, esta es la razón de que se proponga esta disposición transitoria".

Aun cuando la Comisión aceptara este voto particular por mayoría, interviene en su discusión el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión de Justicia, para manifestar que tanto él como el Sr. Quintana, así como con posterioridad el mismo Sr. Villanueva, se opusieron al mismo por creer que no es dable que en una Ley de Divorcio se limiten los derechos arancelarios, pues reformas de este tipo no entran dentro ni del espíritu, ni de la letra ni de la finalidad



de la Ley de Divorcio ni en la misma deben ser objeto de reforma parcial cuando pueden y deben reformarse en su totalidad atendiendo a las necesidades de la función judicial:

"... Para decir, Sres. Diputados, que la Comisión aceptó por mayoría este voto particular del Sr. Martínez Moya, pero salvamos en aquel mismo instante nuestra posición dos de los que componíamos la Comisión, y que no podíamos aceptarla: el señor Quintana y quien dirige la palabra de la Cámara en estos momentos. Me comunica el Sr. Villanueva que él no asistió a la reunión y que también se adhiere a nuestro criterio. Yo no podía pasar en silencio, aun sometién dome siempre con gusto a la mayoría, algo que es de materia trascendental; en primer término, consideramos el voto particular inoportuno, porque no queremos, por atender a ese espíritu de economía, hacer una ley que abarque todos los extremos, habidos y por haber, de la vida judicial, y hablar aquí (en una ley que no debe ser más que de divorcio, que debe ser el principio que regule la separación de los matrimonios, la suerte de los bienes y de los hijos) hasta de cuáles son los derechos arancelarios, me parece excederse demasiado en lo que es el espíritu, la letra, la finalidad de la ley de Divorcio. Sucede, desde luego, a primera vista, el voto particular, como ya sedujo aquí cuando el Sr. Barriobero pidió en la Constitución que se estableciera la justicia gratuita, hasta el punto de que, de no haber una rectificación espontánea y rápida, se hubiera aprobado un precepto con enorme responsabilidad y graves consecuencias.

Yo, sin oponerme a que un día pueda ser la justicia gratuita, quiero decir, porque así lo pienso y creo que es la realidad, que hay un poco de mito en la carestía de los procedimientos, y cuando estamos escuchando a diario que la cuenta de los aranceles, la minuta de los abogados, el arancel de los procuradores encarece demasiado la administración de Justicia, tenemos que echar de ver un argumento de verdadera carestía que corre casi siempre a cargo de los señores peritos, que no son los que intervienen en la vida judicial, pero que son los que hacen que suba de una manera terrible el montante de las costas, porque estiman que su técnica ha de ser evaluada siempre en un volumen superior a la de la vida corriente de la Justicia. Pero es que, además, yo llamo la atención de cuando en España está organizada la Justicia (de una manera buena o mala, pero con una realidad que no podemos desconocer), no es dable que en una ley vengamos a poner límites, a poner contrapisas y alterar el fundamento, bueno o malo repito, de esta misma organización. Y el problema de los aranceles es algo que yo estoy seguro que en la mente de todos los legisladores tiene un sitio permanente para afrontarlo y resolverlo, pero que hoy constituye una realidad, una esfera, un modo de ser, que no permite ninguna alteración, siquiera sea en una parte o en una modalidad de los litigios. Por eso nosotros estimamos que es inoportuna aquí esta declaración, que es una reforma parcial de un sistema que tiene que transformarse en su totalidad para atender a sus consecuencias, porque, al fin y al cabo, es el ejercicio de una función que tiene un modo de retribución que, si se quiere, podrá satisfacer o no, pero que tendrá que ser atendido por el Estado, y si vamos limitando esos derechos arancelarios, como ahora se hace, surgirá inmediatamente la necesidad de que el Estado subvenga a pagar todos esos litigios o subvenga a pagar la organización judicial de hoy, que, aunque defectuosa, está montada con un tipo claro, con un tipo determinado. Por eso nos hemos opuesto al voto particular, sin que suponga que queremos que la justicia sea cara; únicamente advertiré a la Cámara que reformas de este tipo no entran dentro de una ley de Divorcio ni deben ser objeto de una reforma parcial, porque alterar una sola rueda de esa máquina administrativa de la Justicia nos parece asaz peligroso, y llamo la atención de los Sres. Diputados con la esperanza de que, por encima de la parte simpática que el voto particular pueda tener, medite en la trascendencia que supone alterar la remuneración de unos funcionarios que tienen hoy a su amparo leyes y preceptos que pueden ser reformados, pero que tendrán que reformarse en su totalidad, atendiendo a las necesidades de la función judicial.

He aquí por qué rogamos que no se apruebe este voto particular presentado por mi querido amigo el Sr. Martínez Moya":

Para el Sr. Martínez Moya la posición del Sr. Salazar Alonso no tiene explicación una vez dictado por el Gobierno provisional de la República el Decreto elevando hasta la cantidad de 20.000 pesetas los juicios de menor cuantía, porque aplicando los aranceles correspondientes

al nuevo tipo de los juicios declarativos de menor cuantía, los derechos de los Secretarios y de los Procuradores por la tramitación de un juicio de divorcio serían exorbitantes en relación con la naturaleza de esta clase de juicios y la tramitación a seguir en los mismos, de ahí el objeto de limitar esos derechos hasta tanto se modifiquen los aranceles:

"... Sres. Diputados, los razonamientos formulados por el Sr. Salazar Alonso para justificar la posición frente a la propuesta de la Comisión de Justicia ha mantenido en la discusión de este voto particular, él, juntamente con el Sr. Quintana, y a la que se ha adherido en este acto el Sr. Villanueva, tendrían explicación si no se hubiese dictado por el Gobierno provisional de la República un decreto elevando la cantidad hasta la cual alcanzan los juicios de menor cuantía, a la suma de 20.000 pesetas, porque aplicando los aranceles correspondientes al tipo anterior de los juicios declarativos de menor cuantía, innegablemente no llegarían en ningún caso los derechos de los secretarios y de los procuradores a la cuantía que se establece en el voto particular y de los procuradores a la cuantía que se establece en el voto particular; pero actualmente, elevado a 20.000 pesetas el límite máximo de los juicios declarativos de menor cuantía, podían aplicarse unos aranceles que significarían cerca de 2.000 pesetas entre secretario y procurador por la tramitación de un juicio de divorcio, y como desde luego exagerada en relación con la naturaleza del juicio y con la tramitación que ha de seguir, y como, además, se suprime en estos juicios la participación en la tramitación final que pasa al Tribunal provincial, hemos creído necesario poner un límite a esta cuestión. Es necesario, además, hacer constar que esta ley, aparte de su carácter sustantivo, contiene reglas de carácter procesal, y como en los aranceles actualmente vigentes no se ha previsto nada para esta clase de juicios, que por no ser nuevos no podían estar consignados con anterioridad, por eso se lleva esta materia a una disposición transitoria en la que tienen perfecta cabida estos problemas y que, además, dice "mientras no se modifiquen los aranceles", puesto que al modificarse los aranceles es indudable que se tendrá en cuenta esta circunstancia, disposición en la que se prevé una regulación de derechos que está en consonancia con lo que para la cuantía anterior de estos juicios estaba promulgado y establecido, y que se equiparen en un todo los derechos que por estos juicios se cobren a lo que se devengaba por los anteriores de menor cuantía":

Para el Sr. Salazar Alonso son exageradas las cifras dadas por el Sr. Martínez Moya, manteniendo su postura de oposición a una reforma parcial y arbitraria que altera sustancialmente el régimen en vigor de funcionamiento de la Administración de Justicia en una Ley de Divorcio:

"... Me interesa rectificar sólo un punto. No es verdad que puedan llegarse a cobrar esas cifras de que hablaba el Sr. Martínez Moya. Hubiera sido conveniente traer el arancel para ver lo que podría costar un pleito de esta naturaleza; pero, desde luego, no creo que pueda tener esos precios ni mucho menos. En cambio, lo que el Sr. Martínez Moya propone no obedece a ninguna norma científica ni racional, es simplemente un regateo; es decir, se va a cobrar 100 pesetas por este pleito; 250 cuando vaya al Tribunal Supremo, etc., y como eso altera sustancialmente el régimen en vigor, que será bueno o malo, pero que está vigente, nosotros nos oponemos a que la Cámara, seducida por lo simpático de la idea, venga a introducir en este proyecto algo que no es sino una reforma parcial y arbitraria, porque no encierra ninguna de las normas a que deberá atender la reforma general que se haga de todo el sistema de nuestra Administración de Justicia. Esto es sólo lo que me interesaba hacer constar en mi rectificación":

Este voto particular del Sr. Martínez Moya es tomado en consideración por la Cámara en votación ordinaria por 97 votos contra 8, con la modificación hecha "in voce" por el Sr. Martínez Moya en la defensa del mismo de la adición de la frase: "Mientras no se modifiquen los aranceles" siguiendo igual el resto del voto particular (Discusión de este voto particular del Sr. Martínez Moya: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3990-3992):

El voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) a que se alude por el Sr. Martínez Moya, y que fue retirado por el Sr. Villanueva en la Sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122- en que se leyó para su discusión, proponía la adición de un artículo 57 tris al dictamen con la siguiente redacción:

"Los derechos que devenguen los secretarios de los Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo

no podrán exceder de 200 y 300 pesetas, respectivamente, estando en dichas cantidades incluidos los derechos de los oficiales de Sala" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106, y Tomo VII, p. 3987).

Con motivo de conculpa formulada por un Presidente de Audiencia provincial sobre inteligencia de la Ley de 2 de Marzo de 1932 en lo que se refiere a los derechos que han de percibir los Secretarios y Oficiales de Sala, se dicta una Circular del Ministerio de Justicia con fecha 6 de Diciembre de 1932 -"Gaceta", 14- resolviendo con carácter general:

1º: Que en vigor el artículo 533 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que preceptua que los Secretarios y Vicesecretarios de las Audiencias que perciben sueldo, no podrán percibir derechos, y consignados en los Aranceles judiciales se pagarán en el papel correspondiente e ingresarán en el tesorero, tal precepto es de inexcusable cumplimiento.

2º: Encargar a los Presidentes de las Audiencias provinciales, cuiden con exquisito rigor de que los derechos señalados para los Secretarios y Oficiales de Sala se satisfagan, en el momento oportuno, por las partes en papel de pagos al Estado, uniendo la mitad correspondiente a los autos y pasando éstos, para tal efecto, a la Abogacía del Estado.

(719) Voto particular del Sr. Quintana (D. Alberto) proponiendo la siguiente redacción del artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

"Las partes deberán comparecer asistidas de procurador que las represente y de abogado que las dirija. La demanda se redactará según las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 7º al NUM. 109):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, el Sr. Quintana de León en defensa del voto particular por él suscrito, tras hacer un breve resumen de las distintas tesis presentadas en torno al artículo 46 del dictamen, explica como medida de prudencia el exigir, mientras no se modifiquen las normas generales del procedimiento, que los litigantes que acuden a los Tribunales solicitando una declaración de separación o de divorcio no acudan por sí, sino asistidos de procurador que les represente y de abogado que les dirija, con lo cual, y dejando la reforma de las normas esenciales del procedimiento para el momento oportuno, se asegura al juez la serenidad del juicio, al litigante una buena representación y defensa, y se evita, además, los peligros que traería consigo el instruismo profesional:

"... Sres. Diputados, voy a permitirme solicitar vuestra atención para plantear uno de los problemas que tiene, probablemente, más trascendencia en lo que se refiere al aspecto procesal de la ley que estamos elaborando.

Alrededor del artículo 46 del dictamen, que ha sufrido ya una modificación (porque por mayoría de votos la Comisión aceptó la redacción propuesta por su presidente Sr. Salazar Alonso en el sentido de suprimir el artículo y dejar este aspecto procesal remitido a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento civil que se admiten como norma para la tramitación del juicio), alrededor de este precepto, digo, se han presentado diversos votos particulares. La Comisión agradecerá profundamente a la Cámara que le preste la atención precisa para poder formar concepto concreto de cuál es la cuestión que va a debatirse, al objeto de que, más tarde, en la discusión y en la votación de los distintos votos particulares, no sea preciso reproducir los argumentos y no se dé la posibilidad de incurrir en contradicciones.

En relación con este artículo 46 se han presentado distintas tesis, entre las cuales existe una disparidad esencial. De esta manera vemos el voto particular del Sr. Villanueva, por virtud del cual se establece que las partes puedan comparecer y defenderse por sí mismas, pero que si interviniese letrado tendrían que estar representadas por procurador. El voto particular del Sr. Salazar Alonso, que tiende a la supresión del artículo y, por lo tanto, remite las normas de ese procedimiento a las establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil para el juicio de menor cuantía, o sea que las partes puedan comparecer por sí mismas o por terceros, que sea precisamente procurador, pero que siempre sea necesaria la intervención de letrado. Hay el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, que equivale esencialmente a la teoría del Sr. Salazar Alonso desde el momento en que pide que sea potestativo valerse o no de procurador, y que, en cambio, el letrado sea preceptivo en todo caso. Existe una enmienda del Sr. Gasset, de tendencia más radical, puesto que en ella se pide que puedan comparecer las partes por sí mismas sin necesidad de abogado ni procurador o bien dirigidas por letrado representadas por procurador; y existe, finalmen-

te el voto particular que tengo el honor de defender en el sentido, aunque choque un poco con determinadas tendencias modernas del procedimiento, de que en el juicio de divorcio precisamente por tratarse del juicio de divorcio, sea absolutamente indispensable ser representado por procurador y sea absolutamente indispensable ser defendido por letrado.

Sres. Diputados, nosotros hubiéramos querido poder afrontar, en la parte adjetiva de esta ley, normas nuevas del procedimiento, pero nos dimos cuenta de que estábamos frente a problemas que no era ocasión de plantear y que no debíamos resolver en la ley que estamos discutiendo; que cuando llegue -y ojalá llegue pronto- el momento en que emprendamos la revisión de la ley orgánica del Poder judicial y de las leyes que establezcan los trámites futuros del procedimiento, será llegado el caso de que vayamos a aquellas modificaciones de carácter esencial que no pueden plantearse en la parte simplemente adjetiva de una ley como ésta; pero la Comisión se cree en el caso, y el que tiene el honor de dirigiros la palabra especialmente, de llamar vuestra atención sobre los peligros que entraña el que, si fuera posible que una Cámara obrase de ligero, se estableciesen ya en esta ley cosas que ataran su libertad para cuando llegase el momento de discutir a fondo la reforma de las normas procesales y nos encontráramos después en el caso lamentable de tener que revotar un acuerdo de las Cortes, o bien en el no menos lamentable de tener que aceptar como norma de procedimiento lo que de un modo impremeditado y alegre hubiéramos traído a la parte adjetiva de un proyecto de ley.

Por esto ha sido criterio nuestro el no caer en la tentación de introducir exagerados modernismos al procedimiento de la ley de Divorcio y había casi coincidencia en todos nosotros en aceptar como buena la persistencia de los trámites que la ley procesal establece en cuanto a la representación y a la defensa en el juicio de menor cuantía para lo que se refiere a los trámites del juicio de divorcio. Esto, como criterio de transacción, hubiera sido bueno; pero de todas maneras, no se puede hurtar a la Cámara, ni podemos dar al olvido la naturaleza especialísima que tiene el juicio de divorcio, y ante ella hemos crido, cree por lo menos el firmante de este voto particular, que es una medida de prudencia al exigir, mientras no se modifiquen las normas generales del procedimiento, que los litigantes que acudan a los Tribunales solicitando una declaración de divorcio acudan por sí, sino que acudan a través de un tercero interpuesto que deje la pasión a un lado y cuide exclusivamente del pleito en su aspecto formal y que no pueda llegar a estorbar ni con minuciosidades, ni con pequeñeces, ni con pasiones, ni con arrebatos a las Salas de Justicia ni a aquellas oficinas judiciales en las que la presencia de los litigantes, el lugar de la presencia del procurador, sería indiscutiblemente una perturbación, un perjuicio y un estorbo para la buena marcha del mecanismo judicial. Por ello defendemos el criterio de que sea necesario en todo caso la asistencia de procurador en el juicio de divorcio mientras no se revisen a fondo las reglas generales del procedimiento. Cuando afrontemos este problema se podrá discutir la conveniencia o la inconveniencia del caso; mientras tanto, en este régimen de carácter transitorio, entendemos que debe mantenerse el procurador, y lo entendemos por múltiples razones, que yo procuraré, aun abusando un poco de la atención de la Cámara, exponer esquemáticamente, si tengo la fortuna de que su atención me acompañe y de que mis palabras puedan llegar a oídos de todos los compañeros que deban escucharlas (Rumores).

Que el procurador es necesario lo establece la misma práctica procesal española. En dos procedimientos típicos, el de menor cuantía y el de lo contencioso, se deja al litigante la libertad de representarse por sí o hacerse representar por procurador, y en 99 de cada 100 casos el procurador es el representante, porque la parte se convence de que la tramitación es menor, y más segura y más barata interviniendo procurador que prescindiendo de él. Porque la naturaleza pasional del juicio de divorcio exige que no sea el litigante el que acuda a las oficinas judiciales y se acerque a los jueces y escribanos, sino que un mandatario que, despojado de pasión, pueda llevar al pleito de un terreno sin aquellas minucias que antes estaba refiriendo. Porque entendemos que la presencia del procurador en el juicio, en lugar de encarecerlo, lo abarata, y esto, que parece paradójico, tiene una explicación racional y bien clara de comprender. El que sea litigante pobre y no tenga posibilidades de satisfacer los gastos de justicia, puede pedir procurador en turno

de oficio, y entonces tiene su asistencia absolutamente gratuita, y para ése la presencia del procurador no es caso ni es obstáculo. En cambio, el litigante que no habite en el mismo lugar donde el pleito se tramita, si ha de cuidar personalmente de que se ponga los escritos, de que se hagan las copias, de enterarse de los señalamientos, de avisar al letrado, de contar términos, de recibir notificaciones, de preparar las pruebas, tendrá indiscutiblemente que abandonar sus quehaceres habituales para dedicarse a una actividad que no será en él más que complementaria, accidental e improvisada, abandonando por ella sus quehaceres constantes y específicos. Y será mejor tramitado y más cuidado el pleito cuando se ocupe el litigante en el propio mediador de su parte. Porque se abrumará a los jueces y escribanos cuando el que vaya a las oficinas, en lugar de preguntar por pleito de tercero, se empeñe en inquirir, en averiguar como anda su propio pleito y en qué situación se encuentra; incurriendo en oficiosidades y, muchas veces, en impertinencias que pondrán en un brete a los oficiales, a los actuarios y en ocasiones, a los mismos jueces.

La presencia de procurador ha de ser garantía para nosotros mismo, que no están los despachos de los abogados montados ni dispuestos para prescindir de los procuradores, y muchas veces su asistencia, principalmente cuando se trata de letrados noveles, evita en caer en fracasos profesionales, porque la experiencia del procurador, prudentemente administrada, llama la atención al letrado novel para que no incurra en errores que son lógicos dada su inexperiencia juvenil, sobre todo cuando, como ocurre en España, se sale de las aulas universitarias y se llega directamente al ejercicio de la abogacía sin someterse a la prueba de aptitud para la misma.

El procurador obligatorio, el letrado obligatorio, Sres. Diputados, constituirán además, un sano valladar frente al instruismo, que si se prescinde de procurador y de abogado se agolpará como una fauna hambrienta alrededor de los Tribunales, y veremos nutrirse las secciones de anuncios por palabras de los periodicos con los de especialista en divorcios, que no serán tales, sino amañadores de pruebas, en los cuales la ciencia jurídica dejará para a la picardía, la audacia se opondrá a la templanza y el mayor atrevimiento a la mayor desvergüenza impedirán el equilibrio y la ponderación con que es necesario actuar en estos delicados pleitos. No os quepa duda, Sres. Diputados, de que si se prescindiera de la dirección obligatoria del letrado, aparecerían memorialistas que venderían demandas de divorcio a tanto el pliego y, entonces, lo que hemos querido consagrar como un derecho, se convertirá en el ejercicio de un capricho, al cual todos debemos oponer, con nuestra cautela y nuestra prudencia, un saludable valladar.

Por esto, Sres. Diputados, y reservando otras argumentaciones, por si se entrase en ahondar más en este debate, entiendo el que tiene el honor de dirigiros la palabra que es necesario que, al menos como régimen transitorio, establezcamos para este juicio de divorcio la obligatoriedad de representación por procurador y de defensa por persona letrada. Con ello no prejuzgamos nada, ya que dejamos la reforma de las normas esenciales de procedimiento para una empresa de mayor envergadura y, en cambio, le aseguramos al juez la serenidad de juicio, al litigante una buena representación y mantenemos, además, separada de toda posibilidad de confusionismo entre una profesión y otra, la máxima dignidad de nuestra actuación de letrados.

Y se me ocurre -no quiero olvidarlo- que hay que tener en cuenta, contra esas corrientes audaces que parecen tender a suprimir la obligatoriedad del defensor técnico en los debates judiciales, que el que mejor librado sale de exigir como obligatorio al letrado es el litigante que carece de recursos para defenderse, porque si se deja como potestativo el valerse o no de letrado, entonces no será congruente que el que no tenga medios para satisfacer honorarios pida que se le designe defensor en turno de oficio. En cambio, manteniendo la obligatoriedad del letrado, todo aquel que tenga derecho a litigar como pobre ante los Tribunales podrá dirigirse a éstos pidiendo un defensor en turno de oficio, en la práctica del cual cometido han encontrado timbres de gloria los Colegios de Abogados, especialmente los de Madrid y Sevilla, que han puesto muy en alto los prestigios de la profesión cuando las primeras figuras del Foro no han desdenado, sino que han tenido

como un honor inmenso, el vestir su toga y poner su palabra al servicio y defensa de los desvalidos. Así deberá seguir haciéndose, y de esta forma el litigante menos dotados por la fortuna se encontrará en condiciones de igualdad para pleitear con aquel otro litigante que sea mas poderoso. De este modo, establecida la igualdad ante los Tribunales, mantenidos el equilibrio en la litis y la serenidad que es suprema garantía de la decisión judicial, el juicio de divorcio obtendrá sentencias justas para aquellos casos que tengan realmente un arraigo en la ley, no para aquellos otros que obedezcan a una mudanza de carácter o a un capricho de temperamento, que no son los que el legislador ha querido llevar al articulado que constituye la parte positiva de la ley que estamos discutiendo.

Por todo lo expuesto, Sres. Diputados, el que tiene el honor de defender estos puntos de vista os pide un momento de reflexión cuando emitais vuestros votos en una cuestión tan esencial, interesante y delicada como ésta. Ved que no prejuzgais nada, sino que establecéis un régimen transitorio, en el cual todos, litigantes, jueces e interés social, se verán mejor servidos, si como pedimos, se acuerda la obligatoriedad del procurador y del letrado. Nada más. (MUY BIEN)“:

En nombre de la Comisión, su presidente, más que para impugnar el voto particular del Sr. Quintana de León, para explicar otro suscrito por él mismo, interviene en la discusión y señala como la Comisión, entre la diversidad de criterios, había aceptado como sistema para el procedimiento de divorcio, el trámite del juicio de menor cuantía, y no quería establecer ninguna excepción en cuanto se refería a la representación en juicio, por lo que, al suprimir el artículo 46 del dictamen, había que estar a lo preceptuado por la Ley Procesal civil en el procedimiento de menor cuantía en cuanto a la representación en juicio y defensa de las partes, excluyendo así una de las excepciones establecidas en el dictamen en cuanto al trámite y al procedimiento de menor cuantía:

“... Breves palabras, más que para impugnar el voto particular del Sr. Quintana de León, para explicar otro, relacionado con él, firmado por mí y aceptado por la Comisión, en el sentido de suprimir el artículo.

Séame permitido confesar que suscribo las teorías que acaba de exponer el Sr. Quintana de León, y es necesario para mi tranquilidad que lo diga, porque no puede haber rectificación entre mis palabras de hoy y las que he venido diciendo desde hace mucho tiempo, para considerar, libre de tópicos y de perjuicios, necesaria la función del procurador. No opongo, pues, a los razonamientos del Sr. Quintana, ni siquiera un leve comentario; creo, en efecto, que, a los fines de la justicia, la función del procurador es de absoluta utilidad; que esa rapidez que es aspiración de todos en los litigios, no se logra si no es estableciendo la institución del procurador, que unifique diligencias, que evite una serie inacabable de trámites, de notificaciones, que serían una verdadera dificultad para el desarrollo del litigio (El Sr. Villanueva pronuncia palabras que no se perciben) Sr. Villanueva, lo primero que hace falta es dejar que uno termine su pensamiento. He pedido una a modo de venia para explicar una situación personal que no aparezca en contradicción con lo que mi pluma y mi palabra vienen sosteniente desde hace muchos años en la Prensa de Madrid y en la Prensa profesional. Y, salvado este criterio personal, que, naturalmente, no me puede obligar a impugnar el voto particular del Sr. Quintana, porque los razonamientos en que se basa tienen mi absoluta conformidad, quiero explicar el porqué de mi voto particular y del criterio de la mayoría de la Comisión. Es que la mayoría de la Comisión, ante el voto particular del Sr. Quintana, que mantiene y exige la existencia de procurador de una manera terminante, y aquellos otros votos particulares y enmiendas que tienden a eliminarlo, se encontró con que había aceptado, como sistema para el procedimiento de divorcio, el trámite del juicio de menor cuantía y no quería establecer ninguna excepción cuando se refería a la representación en juicio. Decía el Sr. Quintana que día llegar, seguramente próximo, en que todo nuestro sistema procesal tenga que subvertirse y variarse. Entonces, aun para el menor cuantía, yo sostendré el criterio del Sr. Quintana y diré que hará falta siempre el procurador; pero, queriendo dar lugar al procedimiento de divorcio que hemos establecido la modalidad del juicio de menor cuantía, entre la diversidad de criterios, nosotros no hemos querido establecer

una excepción en cuanto a la representación ante los Tribunales, y hemos expresado, como dice la ley: "Podrá representarse por sí mismo, pero no podrá hacerlo por medio de persona que no sea procurador". Es decir que, al suprimir el artículo 46 queda el precepto de la Ley de Enjuiciamiento civil y no se hace sino excluir una de las excepciones que el articulado que vamos aprobando establece el trámite y el procedimiento del menor cuantía.

Yo he expuesto con toda lealtad cuál es mi punto de vista y cuál es la posición del voto particular; porque ya dije el otro día que no estimaba que debiéramos poner demasiadas excepciones al sistema procesal designado, y que aceptando el de menor cuantía, a todas sus normas debíamos sujetarnos. De modo que nuestra actitud responde a esto y también al deseo de recoger, entre los dos criterios diametralmente opuestos, un criterio que pudiera ser fórmula de amparo dentro de la legislación establecida.

Quiero decir con esto que mi intervención, más que de impugnación al voto particular, ha sido de explicación a la posición y al acuerdo de la mayoría de la Comisión. Pero como hay votos particulares y enmiendas que vienen a impugnar esta tesis, porque pretende la inclusión del artículo o del artículo de otra manera, ocasiones habrá para que los Sres. de la Comisión que han mantenido los criterios que no constituyen el de la mayoría, expongan cuáles son sus puntos de vista; que todo esclarecimiento en esta cuestión ha de ser necesario, porque, como decía muy bien el Sr. Quintana, el problema es un problema de verdadera trascendencia, es un problema de garantías procesales, y quienes sostenemos que las garantías procesales son las garantías de la Justicia misma, es natural que queramos que el acuerdo que se tome por la Cámara, sea un acuerdo meditado, después de oír los diversos e interesantísimos puntos de vista que en el seno de la Comisión se mantienen":

Sin más discusión, quedó aprobado el voto particular del Sr. Quintana en votación ordinaria por 81 votos contra 75 (Discusión del voto particular suscrito por el Sr. Quintana de León: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3946-3949).

(720) Cfr. número tercero del artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento civil en su redacción originaria.

(721) Cfr. artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su redacción originaria.

(722) Voto particular de los Sres. Salazar Alonso y Del Río proponiendo la supresión del artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice único al NUN. 102):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUN. 121-, es retirado por sus autores al haberse aprobado por la Cámara el voto particular suscrito por el Sr. Quintana de León (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3949).

(723) Voto particular del Sr. Fernández Clérigo proponiendo la siguiente redacción del artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio, que debía pasar a ser 48 conforme al voto particular:

"Las partes podrán comparecer por sí mismas. Cuando no lo hagan así, la comparecencia será necesariamente por medio de procurador. En todo caso será precisa la intervención del letrado" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUN. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUN. 121-, fue retirado por su autor al haberse aprobado por la Cámara el voto particular del Sr. Quintana de León (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3949).

(724) Voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) proponiendo la siguiente redacción del artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de Divorcio:

"Las partes podrán comparecer por sí mismas; pero si interviniese letrado tendrían entonces que estar representadas por Procurador" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUN. 106):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUN. 121-, es retirado por el Sr. Villanueva al haberse aceptado por la Cámara el voto particular suscrito por el

Sr. Quintana de León (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo séptimo, pág. 3949).

(725) Enmienda del Sr. Gasset proponiendo la siguiente redacción del artículo 46 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Las partes podrán comparecer por sí mismas, sin necesidad de abogado ni procurador, o bien dirigidas por letrado y representadas por procurador. En todo caso la demanda se formulará por escrito y en la forma señalada por la Ley de Enjuiciamiento civil" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 117):

Lefda por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, fue retirada por su autor (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3949).

(726) Artículo 50 del proyecto de Ley de Divorcio y 47 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Lefdo este artículo 47 del dictamen en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121- y una enmienda al mismo del Sr. Ossorio y Gallardo en que proponía quedara este artículo reducido a su segunda parte (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 118), al ser esta retirada por el Sr. Ossorio y Gallardo, quedó aprobado sin más discusión el mismo (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3949-3950).

(727) "... Que, además de lo precedente, no puede ponerse en duda que la imputación de hechos que hace la parte demandada a la actora al contestar a la demanda, y la petición concreta que en relación directa con los mismo se contiene en el súplico del escrito, integran una verdadera reconvencción, ya que esta no es mas que una acción que el demandado agita contra el actor para que se resuelva en el mismo pleito y bajo una sola sentencia, sin que la ley de procedimiento haya señalado forma especial para su válida utilización, siendo suficiente que se formule en el mismo escrito de contestación a la demanda señalando los hechos y fundamentos legales con la consiguiente petición, requisitos que de modo suficiente se han llenado en el pleito...": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1513-:

Cuando hablamos de reconvencción nos referimos, pues, al supuesto de que la parte demandada, aprovechando la oportunidad que le proporciona el proceso, formula, a su vez, una pretensión, que es, por así decirlo, una verdadera demanda contra la parte actora, y ello en el momento de contestar a la demanda, y así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 738- se declara: "... Por lo que respecta al recurso deducido por D. A.M.: Que en cuanto al primer motivo en que se ataca a la Sentencia por incongruencia, su desestimación es evidente, porque en buenos principios de técnica procesal no es lícito proponer una reconvencción en forma subsidiaria y sólo para el caso de que prospere la demanda, ya que la reconvencción es una nueva demanda en la que se formula una petición principal reuniendo las partes el doble carácter de actores y demandados y produciendo además como efecto que los dos pleitos, iniciados por las dos demandas sigan una misma tramitación, se discutan las cuestiones al propio tiempo, se sustancien juntas y se decidan a la vez, de lo que se sigue que al absolver la sala sentenciadora de la reconvencción que habfa sido propuesta aunque en forma incorrecta, no sólo no incurrió en incongruencia, sino que por el contrario se atuvo estrictamente al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil".

(728) "... Que la injusticia notoria la funda en que la sentencia estima en su primer Considerando que el demandado debió formular reconvencción para poder ser discutidos y apreciados como causas de separación los hechos de su contestación, juicio de la Audiencia que no integra aquella injusticia, ya que si bien la reconvencción no precisa que se formule aisladamente para que se decida sobre ella ni requiere indudablemente que se formule de algún modo que se invoque o alegue alguna petición en forma que, aunque no sea estrictamente procesal o formalista sea lo suficientemente clara y manifiesta para de ella poder lógica y legalmente deducir un deseo, una voluntad de reconvenir que no puede presumirse y como en el presente caso la contestación a la demanda no contiene mas que un súplico y este súplico una petición y esta petición es la de que se le absuelva de la demanda con culpabilidad y costas a la actora, es manifiesto que la Audiencia no pudo legal ni procesalmente tratar ni resolver sobre el adulterio, que además se alegó en la contestación solo como hechos complementarios



de los de la demanda y no como causa de separación puesto que no se invoca ni entre los fundamentos de derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 99-; "... Que no existe violación en las formalidades esenciales del juicio, por el hecho de que la Audiencia no haya estimado como reconvencción las alegaciones de hecho y fundamentos de derecho consignados por la demandada en su contestación a la demanda, porque si bien la reconvencción no necesita alegarse aisladamente ni con formulismo procesal alguno, solo existe cuando en contraposición a las peticiones de la demanda se alega por el demandado una cuestión nueva al reconvenir y una súplica que anule o modifique en lo esencial la de la demanda; y como en el presente caso, en la contestación a la demanda ni se menciona la palabra reconvencción ni en el suplico se solicita mas "que se informe favorablemente el divorcio solicitado por el marido con culpabilidad de éste", sin que además la demandada utilizare recurso alguno contra la providencia del Juez, que se limitó a tener por contestada la demanda recibiendo a prueba el juicio, prescindiendo en absoluto de lo que la recurrente estima ahora como reconvencción, es manifiesto que procede desestimar el primer motivo del recurso fundado en el número 2º del artículo 57 de la ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2472-; "... Que los motivos 3º y 4º, que aducen la infracción del artículo 3º, causas 4º y 8º, y de los artículos 9º y 62 de la repetida ley de Divorcio, por no haber declarado la Sentencia la culpabilidad en que la mujer incurrió al abandonar el domicilio conyugal y negarse a vivir con el marido, carecen igualmente de toda eficacia, toda vez que el recurrente no formuló reconvencción en forma alguna y, por consiguiente, no han podido ser discutidos en el pleito esos hechos que a la actora se atribuyen, ni cabía en el fallo una declaración de culpabilidad no pedida por quien pudo esgrimir, y no esgrimió, la acción oportuna": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2487-.

(729) Cfr. Artículo 55 y 63 Regla 3ª de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(730) Cfr. Artículo 50 inciso 1º de la Ley especial de divorcio, que modifica el plazo para contestar la reconvencción que establece para los juicios de menor cuantía el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(731) "... Que promovido el presente recurso al amparo del número 3º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, por afirmarse que la Sala "a quo" hizo en su sentencia indebida estimación de la causa 5ª de dicho cuerpo legal alegada por la esposa demandada en escrito de oposición a la demanda, sin que, caso de constituir formalmente una reconvencción, se diera de ella traslado al hoy recurrente, que por ello se vio privado de alegar ni de articular y practicar prueba suficiente a desvirtuar los hechos fundamento de dicha causa de divorcio, es incuestionable que el recurso tiene que prosperar, por cuanto el fallo impugnado, al acceder a lo pedido en reconvección no tramitada legalmente, ha condenado prácticamente al demandante inicial sin ser oído: Que no procede en este recurso ordenar la devolución de los autos, para que se repongan al trámite de traslado a fin de que el demandante pueda contestar la reconvencción, porque, de un lado, esta se ha formulado con tal vaguedad y confusión que cabe dudar de que la intención de la parte demandada fuese entablar una nueva acción, como lo ha entendido el juzgado de primera instancia, y de otro, al apoyar el demandante su recurso de revisión en la injusticia notoria y en el principio "nadie puede ser condenado sin ser oído", pide mas bien que una declaración del defecto formal que vicia el pleito, la desestimación de la causa, apreciada por el Tribunal inferior sin que hubiese sido sometida a su criterio": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2166-.

(732) "... Que según tiene declarado este Supremo Tribunal no es suficiente la violación de las formalidades esenciales del juicio para que pueda prosperar en revisión la causa 2ª de las establecidas en el artículo 57 de la ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, sino que es de absoluta necesidad que además ese quebrantamiento de la ley de enjuiciar haya producido indefensión; y aun siendo innegable que la tramitación del pleito, en el periodo de instrucción ante el Juez de 1ª instancia, se omitió en trámite esencial de conferir traslados a

la parte actora de la reconvención formulada al contestar la demanda, en ningún modo puede admitirse la mencionada falta procesal haya producido indefensión, como con acierto declara el Tribunal de instancia, pues basta el mas ligero exámen de lo actuado para persuadirse de la cumplida defensa que de todos cuantos derechos pudieran asistir a la parte actora, hizo esta en la no escasa prueba practicada a su sentencia, tanto para sostener y acreditar las afirmaciones de su demanda como para enervar y destruir las de adverso ofrecidas en la contestación, lo que era perfectamente lícito y pudo realizar por el exacto conocimiento que de la reconvención tenía en vista de la copia que le fue entregada al notificarle la providencia que tuvo por contestada la demanda": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1513-; "... Que el primer motivo del presente recurso de revisión se funda en la causa segunda del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o' sea, violación de la formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión, violación que en el actual caso radica, según la recurrente, en no habersela dado traslado de la reconvención formulada por el marido en su contestación a la demanda, y este motivo no puede ser estimado desde el momento en que la mujer consintió sin protesta ni reclamación alguna la providencia en que sin aquel previo traslado el juez abrió el periodo de proposición de prueba, providencia que se la notificó con copia del escrito de contestación, aceptando igualmente todas las sucesivas actuaciones, sin que en todo el pleito exista oposición alguna de la recurrente a la tramitación, lo que supone o que la estimó procedente o que renunció a protestar de la falta, debiendo sufrir en todo caso las consecuencias de su conducta": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 27-; "... Que para que pueda ser estimada como causa de revisión la violación de las formalidades esenciales del juicio es indispensable que se hubiere producido indefensión al que la invoca circunstancia que no puede estimarse en el presente caso, pues la falta de traslado de la reconvención deducida por la recurrente nunca podía producir indefensión a la misma ni mucho menos puede ser alegado por ella, al fin que lo ha hecho habiendo tenido como tuvo conocimiento de ella en el momento de serle notificada la providencia recaída al escrito de contestación en la que figuraba dicha reconvención, y no haber reclamado contra la omisión por medio del recurso ordinario de reposición": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 487-.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1818- declara, a su vez, el lapsus habido por la parte recurrente al aducir como base del recurso el haberse omitido el trámite de conferir traslado a dicha parte de la reconvención formulada de contrario, siendo así que se dio dicho traslado: "... Que solo un inexplicable "lapsus" de la parte recurrente ha podido inspirar el motivo primero del presente recurso que, fundado en la causa 2ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, aduce haberse omitido, en el periodo de instrucción del pleito ante el Juez de primera instancia, el trámite esencialísimo de conferir traslado a dicha parte de la reconvención formulada por el demandado al contestar la demanda, lo que, dice, le ha producido la consiguiente indefensión, cuando los autos atestiguan, no sólo que se dió oportuno traslado a la reconvención a la parte actora, hoy recurrente, sino que esta evaquó el traslado mediante adecuado escrito, en el que expuso cuantos hechos y fundamentos legales estimó pertinentes al objeto de contrarrestar las alegaciones reconconvencionales".

(733) Dispone el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"Si el demandado formulare reconvención, se dará traslado al actor para que la conteste dentro de cuatro días, limitándose a lo que sea objeto de la misma".

(734) "... Que es manifiesta la injusticia de la Sentencia recurrida al aplicar la ley de divorcio, porque estima como causa del pedido por el demandante, una causa que este no alegó en su demanda sino que, la invocó al contestar a la reconvención de la mujer, momento procesal en el que, el demandante, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil aplicable a los pleitos de divorcio por el artículo 46 de su Ley, debe limitarse a lo que fue objeto de la reconvención, sin invocar nuevas causas que la demandada no puede legalmente combatir": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1015-.

(735) "... Que el problema central planteado en el presente recurso de revisión no es otro que el de si, pedida por la parte actora en su demanda la separación de personas y bienes, y por el demandado, en la reconvencción, el divorcio, habiendo manifestado la demandante, al contestar la demanda reconvenccional, que se allanaba a la petición de divorcio, en lugar de la separación, pero manteniendo los hechos de su demanda principal y las demás solicitudes formuladas en ella, incide la audiencia en incongruencia e injusticia notoria al declarar procedente la separación de personas y bienes de los cónyuges, declarando culpable al marido: Que no puede entenderse que la expresada manifestación de la actora constituya, cual el recurrente pretende, una renuncia a la acción que ejercitó ni un verdadero allanamiento a la demanda reconvenccional formulada por su marido, pues la renuncia de la acción implica un abandono expreso y definitivo del derecho reclamado, al que era ajena la intención de la demandante, como lo revela el texto todo de su escrito de contestación a la demanda reconvenccional y, en cuanto al allanamiento a la demanda, supone la conformidad del demandado con lo solicitado y pedido por el actor, que tampoco se da en el presente caso, al mantener cada una de las partes sus posiciones iniciales en cuanto a los hechos de los que había de derivarse la ruptura del vínculo conyugal y en cuanto a la declaración del cónyuge culpable con que debía de ser decretado: Que, no habiendo, por consiguiente, en la petición de la actora mas que un intento de modificación de su demanda, en un punto tan esencial como el concerniente al caracter vincular o meramente relativo del divorcio solicitado, es indudable que dicha alteración era opuesta al principio jurídico procesal que veda, una vez planteado el debate, modificarlo en lo sustancial, y al claro contenido del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil, preceptivo de que en los juicios de menor cuantía se dará traslado al actor de la reconvencción, para que la conteste, "limitándose a lo que sea objeto de la misma"; por lo que la Sala sentencia ahora que, no estimando probados los hechos en que se fundaba la demanda reconvenccional, y teniendo, en cambio, como probados los constitutivos de la demanda principal, dió lugar a las peticiones de ésta, no ha incidido en incongruencia ni, por ningún concepto, en injusticia notoria que pueda estar comprendida dentro de la causa tercera del artículo 57 de la Ley de régimen": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 156-.

(736) Este artículo 52 de la Ley de Divorcio tiene su origen en un voto particular de los Sres. Fernández Clérigo y Quintana de León proponiendo un nuevo artículo entre el 48 y el 49 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de Divorcio que dijese:

"El juicio se recibirá a prueba, a no ser que todas las partes renunciasen expresamente a este trámite. En este caso se procederá a la remisión de los autos a la audiencia, como se ordena en el artículo siguiente.

La misma providencia en que se reciba el pleito aprueba se prevendrá a las partes que propongan toda la que les interese en el término improrrogable de 10 días.

El término para la práctica de las pruebas propuestas y admitidas no podrá exceder de 20 días" (Cfr. diario de Sesiones, Apéndice 69 al NUM. 110):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, se acepta por la Comisión con la consiguiente redacción:

"En la resolución en que se reciba el pleito a prueba, se prevendrá a las partes que propongan toda la que les interese en el término improrrogable de 10 días. El término para la práctica de las pruebas propuestas, no podrá exceder de 20 días":

Aceptada por el Sr. Fernández Clérigo esta nueva redacción del voto particular por él suscrito dada por la Comisión, pasó a ser nuevo dictamen, siendo tomado en consideración por la Cámara sin más discusión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3953).

(737) Tiene su origen este artículo 53 de la Ley de Divorcio en una enmienda del Sr. Samper proponiendo un nuevo artículo entre el 48 y el 49 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de Divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 99 al NUM. 119), que, leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121- y aceptada por la Comisión, quedó incorporada al dictamen, siendo tomada en consideración por la Cámara sin discusión alguna (Cfr. Diario de Sesiones, T.VII, p. 3953).

(738) Se modifica así el término previsto por el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento civil para el juicio de menor cuantía, que es de seis días improrrogables.

(739) Para que proceda el recurso de revisión al amparo del número 2º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o sea, por violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión, por declarar el Juez instructor impertinente en este primer período alguna diligencia de prueba, es de tener en cuenta, en primer lugar, que, para que una parte litigante pueda alegar con éxito su indefensión es necesario que haya solicitado oportunamente la subsanación de la falta procesal formulando, conforme al párrafo segundo del artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento civil, recurso de reposición contra la providencia del Juez en que se hubiere denegado determinada diligencia de prueba, y, en segundo lugar, que hubiere producido esta negativa indefensión de la parte perjudicada, lo que no ocurre cuando, conforme al artículo 566 de la citada Ley Procesal civil, el Juez repele de oficio las pruebas que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles, y lo son aquéllas que tienden a esclarecer un punto de hecho que está ya perfectamente esclarecido en los autos, y así, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1440-: "... Por último, que no hubo violación de las formas esenciales del juicio que hayan producido indefensión, causa segunda del artículo 57, por cuanto confesada por el demandado, al contestar la demanda, la certeza de los acuerdos del Tribunal Tutelar de Menores que se referían en los hechos de la demanda, eran improcedentes en absoluto las certificaciones que de aquel Tribunal se solicitaban"; de 28 de Marzo de 1935, -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 629-; "... Que el supuesto quebrantamiento de formas procesales que apunta el párrafo A del motivo primero del recurso, atribuyendo a la Sala sentenciadora la violación del artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento civil al declarar impertinente la proposición de prueba pericial encaminada a acreditar si todas las enfermedades padecidas por la demandante, o cada una de ellas en particular, son causas generadoras de incapacidad definitiva o transitoria para la procreación, carece de eficacia para producir el efecto revisorio que se persigue, pues es de tener en cuenta; Primero, que es constante jurisprudencia de esta Sala, en tema de casación como en el de revisión, que para que una parte litigante pueda alegar con éxito su indefensión es necesario que haya solicitado oportunamente la subsanación de la falta procesal, y, en el presente caso, aun cuando el demandado y hoy recurrente formuló recurso de reposición contra la providencia del Juzgado de 23 de Febrero de 1934, que denegó ciertas diligencias de prueba documental y testifical, nada opuso a la denegación parcial de prueba pericial decretada en el auto 1º de marzo, y Segundo, que como el artículo 566 de la citada ley procesal obliga a los jueces a repeler de oficio las pruebas que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles, procedió con acierto el Juzgado, cuando, propuesta por la parte demandante prueba pericial acerca de los orígenes, antigüedad, causas, consecuencias y demás particularidades de la dolencia que padecía la demandante, con expresión de si todas ellas, o cada una en particular, son causas generadoras de incapacidad definitiva o transitoria para la procreación, la declaró admisible únicamente en cuanto a su extremo general, toda vez que la concreción última no podía aportar datos concluyentes para las cuestiones esenciales del pleito y era, además, superflua desde el momento que la gran amplitud de la prueba que se proponía en su extremo admitido, permitía realizar un completo estudio pericial de la personalidad patológica de la actora, en el cual iba implícita la determinación de si afectaban al aparato generador las enfermedades que aquella sufriera": de 9 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 46-: "... Que la pretendida violación de las formalidades esenciales del juicio se funda en no haberse accedido por el Juzgado a la prueba de reconocimiento pericial, pedida en forma subsidiaria con relación a unas cartas del demandado y a otras de la testigo doña María Carpi presentadas con la demanda, no puede producir la revisión de la sentencia recurrida, toda vez que lo pedido con referencia a las cartas del marido demandado obrantes a los folios 10, 11 y 15 de los autos, que se decían firmadas por el mismo, fue el reconocimiento de dichas firmas en caso de no ser reconocidas en la confesión judicial y como la única que aparece firmada es la del folio 10 y ésta fue reconocida por su autor, claro es que ya no podía tener efecto la prueba pedida en forma subsidiaria y que el Juzgado procedió acertadamente, sin violar forma procesal alguna al omitir acordar sobre la misma

fundado en dichas razones; no pudiendo tampoco prosperar el recurso en cuanto a la negativa de la misma prueba en relación a las cartas de la testigo doña María Carpi, porque denegada por providencia de 11 de Abril de 1934, notificada el día siguiente al procurador de la recurrente, no fue interpuesto recurso alguno contra la negativa"; y de 7 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 531-: "... Que es improcedente la revisión solicitada al amparo del caso segundo del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 por cuanto no existe la infracción de las formas procesales alegadas, toda vez que el artículo 613 en relación con el 566, ambos de la ley rrituaria, conceden a los Jueces la facultad de admitir o rechazar la prueba pericial según estime son o no pertinentes y útiles, y en el caso de autos usó acertadamente al rechazarla ya que el punto de hecho a que hacía referencia estaba perfectamente esclarecido con los cuatro certificados facultativos presentados por la esposa, que la habían reconocido concienzudamente, y por el presentado por el marido de un doctor por él escogido que también la había explorado convenientemente".

(740) "... Que la primera causa de divorcio que se invoca se refiere a la violación de las formalidades esenciales del juicio que produjeron indefensión en el demandado, y se funda en que se denegó al recurrente toda la prueba documental que, con los números 2º, 3º y 4º formuló en el escrito de proposición de prueba, en virtud de haberse interpretado erróneamente por el Juzgado los artículos 504, 505 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Que al denegar el Juzgado la práctica de los medios de prueba a que alude el Considerando anterior, por no haberse acompañado con el escrito de contestación a la demanda los documentos que se deseaba aportar a los autos como prueba, ni siquiera copia simple de los mismos, lejos de interpretar con error los artículos 504, 505, y 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil como el recurrente le atribuye, lo que hizo fue prestarles el debido acatamiento; pero aun admitiendo en hipótesis que así fuera, basta leer las particulas que en esa prueba se interesaba, para poder afirmar que su aportación a los autos, ni produjo indefensión a la parte recurrente ni pueden tener la menor influencia para alterar la resultancia de los hechos constitutivos de la causa de divorcio que ha sido apreciada por el Tribunal "a quo" ya que ni lo que la demandante declara en el sumario del Tribunal "a quo" ya que ni lo que la demandante declara en el sumario instruido por muerte de un hijo suyo entre los años 1922 a 1925; ni lo que apareciera en la demanda de divorcio por la misma interpuesta ante el Tribunal eclesiástico, así como su fecha y estado actual del juicio; ni la certificación del acta de defunción de su padre; ni la del Registro de la Propiedad para acreditar a nombre de quién figuran inscritas determinadas fincas (que son los particulares a que se refiere la prueba denegada), pueden, en manera alguna, tener la menor influencia para enervar la apreciada rectamente en la sentencia, sobre la realidad de las injurias graves proferidas por el marido contra su mujer, determinantes de la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio que ha sido estimada todo lo cual acredita la improcedencia del recurso planteado bajo este aspecto": Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1520-: "... Que las cuestiones que se plantean en el número 2º y 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio son sintéticamente las siguientes: ... Segunda, si el haber señalado el Juzgado instructor los últimos días del período de prácticas de pruebas para el examen de los testigos de la parte demandante, a pesar de sus advertencias, fue causa también de indefensión por no haber podido ser citados nuevamente los que dejaron de comparecer: Que el señalamiento de día y hora en que hay que darse principio al examen de los testigos de cada parte corresponde al arbitrio del Juez, para arminizarlos con las demás atenciones del juzgado con la sola limitación establecida por el artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de que se efectúe con tres días de anticipación por lo menos de aquél en que comience el examen; y como en el caso de autos se tuvo en cuenta el aludido precepto, es evidente que no existió violación a ese respecto de las formalidades esenciales del juicio, ni menos indefensión por haber tenido lugar las declaraciones de los testigos de la parte demandante los últimos días del período de prácticas de pruebas, como se alega en el recurso, siendo imputable a la propia parte el que algunos testimonios no se hayan aportado, ya que el párrafo segundo del artículo 643 de la propia ley concede medios contra el testigo inobediente, incluso el de ser conducido por la fuerza pública, por cuanto se limitó a pedir que se citasen judicialmente y, por lo que a la testigo

doña Pilar Ch. atañe, cuyo testimonio consideraba de importancia excepcional, sólo expuso que era seguro tratase de sustraer al deber de comparecer a declarar, solicitando que se tuviese por hecha la advertencia y que se asegurase con los recursos legales no desobedeciese la resolución judicial, petición vaga e imprecisa que no encaja en los términos del antes citado artículo 643 que precisa que la parte sea la que taxativamente indique al Juez los apremios que estima necesarios": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1551-; "... Que, en cuanto a la violación de las formas procesales con indefensión, la apoya el recurrente, ... y segundo, en no haberse practicado la prueba pericial caligráfica y parte de la documental consistentes en testimonios de unos particulares del sumario que por adulterio siguió contra su mujer en 1933; ... que en cuanto a la prueba pericial caligráfica propuesta por el marido, si bien no se practicó, fue por su propia culpa, ya que admitida y designados sucesivamente dos peritos ninguno de los dos aceptó; sin que volviera a hacer gestión ni petición alguna para nombramiento de nuevo perito, y en cuanto a la parcial prueba documental no practicada, los testimonios del folio 7, 28 y 135 son suficientes a los efectos de conocer lo esencial del sumario por adulterio seguido por el marido, sin que después de aportados los datos que contienen aquellos testimonios pueda invocarse indefensión, máxime cuando el adulterio no se alegó como causa de separación": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 99-; "... Que el primer motivo de este recurso se ampara en el número segundo del artículo 57 de la Ley de Divorcio, en razón a que habiendo propuesto como prueba la parte recurrente que la Alcaldía de Madrid se certificara con relación a los padrones de vecinos e impuestos de inquilinato, quienes aparecieron como inquilinos de los pisos de las casas de Lagasca 119, Claudio Coello 47 y Castello 29, desde junio de 1922 hasta octubre de 1932, a pesar de haberse admitido esa prueba no se llevó a efecto; pero prescindiendo de que pueda ser imputable que la misma no se practicará a la propia parte que ahora pretende sacar partido de esa omisión, por no haber realizado acto alguno tendente a recordar la entrega de los despachos oportunos; si por un olvido no le habían sido entregados, como tenía perfecto derecho a hacer, de igual modo que en el período de práctica de prueba instó la ejecución de otras que le interesaba realizar, lo fundamental para desestimar y rechazar la procedencia de este motivo del recurso, es que la carencia de la repetida prueba, no puede en manera alguna producir indefensión; porque aun en el supuesto de que practicada, no figuran como inquilinos de esos cuartos ni el demandado señor M. ni doña Carmen R. Ch., bien por defectos en la forma de extenderse los padrones, o porque tuvieran la precaución de cuidar intencionalmente que no figuraran sus nombres como tales inquilinos en los padrones respectivos, esa prueba negativa no puede servir en manera alguna para enervar otra positiva como la de las porterías de cada una de esas casas y criados que tenían a su servicio, que afirman categóricamente que, en efecto, ambas personas allí vivieron; y siendo así preciso es de reconocer que no puede admitirse esta causa de revisión como fundamento del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1780-; "... Que ninguno de los tres primeros motivos del recurso es procedente, porque ... ni el hecho de que los interrogatorios de sus repreguntas no llegaron a tiempo de que las evacuaran los testigos de la demandante, cabe a ésta imputar, sino al propio demandado...": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1821-; "... Que el motivo de violación de las formalidades esenciales del juicio lo encuentra el recurrente don Arturo P. en no haber la Audiencia aportado a los autos la prueba documental por él propuesta, consistente en que se reclamase del Ministerio de la Gobernación el llamado informe del Tribunal Supremo, que determina la publicación de la Orden ministerial de 30 de enero del corriente año, por la que se anula el fallo del Tribunal de Honor que a 'el se le formó, así como la información practicada por orden de la Sala sexta de este Tribunal y que sirve de antecedente al informe resolutivo antes mencionado, pero olvida que esa prueba en forma alguna podía admitirse y practicarse por haber sido propuesta después de citadas las partes para sentencia, con arreglo al artículo 507 de la ley de Enjuiciamiento civil, aplicable a todos los juicios declarativos y, por tanto, a los de divorcio, cuya tramitación es la de los de menor cuantía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 de la ley de 2

de marzo de 1932; y siendo así, es evidente que el Tribunal de instancia no incurrió en el vicio alegado, por cuanto no existió violación alguna de las normas procesales, y antes, por el contrario, acatamiento absoluto a lo expresamente ordenado por la ley, que nunca es susceptible de producir indefensión": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 786-; "... Carecen de fuerza y eficacia, al objeto de patentizar la injusticia notoria que pudiera abrir paso a la revisión, las alegaciones del presente recurso, reducidas a poner de relieve que de los autos, resulta que la parte demandante propuso en tiempo y forma la prueba documental, consistente en que se aportara una certificación o testimonio de la sentencia dictada por los Tribunales eclesiásticos, de la que aparece la existencia de los malos tratos, ... pues es obvio, en cuanto al primer extremo de esta argumentación, que las pruebas no pueden producir el efecto demostrativo y procesal que les es propio, por el solo hecho de ser propuestas si no llegan a aportarse a los autos...": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 502-; "... Que el primer motivo del recurso de revisión interpuesto por don C.G.F. en estos autos se apoya en el número segundo del artículo 57 de la ley de Divorcio, y se funda en no haber sido citados de oficio y judicialmente según solicitó en su escrito de proposición de prueba los testigos por él designados en el pleito de divorcio que promovió contra su esposa doña A.R.; pero revisadas las actuaciones practicadas en la litis se advierte que sobre ser inexacto que en el referido escrito suplicase del Juzgado la citación de los testigos en la forma que alega en el recurso, del artículo 643 de la ley procesal claramente se deduce que en la vía civil es la parte interesada la que debe gestionar la comparecencia de los testigos que proponga y que sólo ante su expresa negativa podía solicitar su citación del modo ordenado en el indicado artículo de la ley ritual; y como revisadas las actuaciones del pleito, de ella aparece que alegando únicamente la incomparecencia de algunos testigos en el día señalado por el juez sin invocar precepto alguno de la ley de Enjuiciamiento civil en apoyo de su pretensión, interesó la nueva citación de aquéllos cuando no había tiempo hábil para que el Juzgado la practicase con la antelación marcada en la ley, y consistió además la providencia en que así lo consignó el Juez, manifiesta es la improcedencia del motivo primero del recurso porque no puede estimarse en la sustanciación del pleito la supuesta violación de ninguna formalidad esencial del trámite del mismo": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1862-; "... Que no puede estimarse en el presente caso, violación de las formalidades esenciales del juicio, el hecho de haber denegado la Audiencia la admisión y práctica de la confesión judicial de la demandada solicitada por el actor, porque, en primer lugar, la confesión judicial en estos juicios no es un medio de prueba capital y extraordinario, sino de igual importancia legal y procesal que los demás medios de prueba practicada en el pleito, y en segundo término, porque en el actual divorcio sólo por causas imputables al demandante y por su negligencia, fue imposible practicar aquella prueba dentro del período probatorio en el Juzgado, ya que abierto por éste y por 20 días el período de ejecución de prueba en providencia de 3 de Septiembre de 1934, notificada al siguiente día, dejó el actor transcurrir hasta el 25 sin presentar el pliego de posiciones, dando lugar con tal dilación a que no se pudiera cumplimentar en Madrid -domicilio de la demandada- el exhorto remitido desde Oviedo para aquella confesión, porque tal exhorto fue presentado a reparto de 29 del mismo mes y a su cumplimiento el 1º de octubre, fecha en la que -como se expresa en la providencia del Juez de Madrid- había ya transcurrido el período de práctica de prueba, que según la correspondiente diligencia expiró el 29 del indicado mes de septiembre, razón que obliga a desestimar el primer motivo del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 82-; "... Que no es de apreciar tampoco el otro motivo del recurso que alegó don F.B. fundado en el número 2º del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, por cuanto admitida la prueba pericial propuesta por los litigantes e instruidos ambos en 30 y 31 de agosto de 1934 de la renuncia formulada por dos de los tres peritos médicos nombrados por insaculación, si bien doña J.V. presentó escrito al Juzgado interesando que se procediera a nueva elección, el demandado hoy recurrente, no intentó la menor gestión para que dicha

prueba se practicase dentro del periodo legal que finalizaba el 25 de septiembre por lo que no puede tardíamente alegar su indefensión en el pleito por faltar de la práctica de la prueba pericial por él propuesta que sólo a él mismo sería imputable": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 248--.

(741) "... Que planteado el presente recurso de revisión como comprendido en las causas 2ª y 3ª del artículo 57 de la ley del divorcio, se funda la primera de ellas en violación de las facultades esenciales del juicio como consecuencia de las cuales se produjo indefensión para el demandado en razón a que se le privó de la prueba documental que propuso y cuya práctica fue acordada, ni habiéndose llevado a efecto por la falta de tiempo para realizarla debido a que ha sido erróneamente interpretado el artículo 50 párrafo segundo de la citada ley (aunque indudablemente por error de número se ha querido aludir al artículo 52), por haberse computado el plazo para practicar la prueba desde que se abrió este período, en vez de hacerlo como procedía desde que a la parte se hizo posible la práctica de esa prueba. Que del examen de los antecedentes que obran en los autos aparece que al escrito de proposición de prueba de la parte demandada y hoy recurrente de 14 de junio de 1932, recayó providencia en el mismo día, admitiéndola como pertinente, reservándose acordar a su tiempo sobre práctica de la misma, el 17 se señaló el término de 20 días para llevar a efecto la prueba propuesta por las partes; y por providencia del 18 se dispuso expedir el exhorto oportuno al Juez de primera instancia de Santiago para la práctica de la prueba documental consistente en la expedición de un testimonio de determinados particulares del pleito de divorcio que se tramitó entre las mismas partes ante el Tribunal eclesiástico de Tui, pendiente a la sazón de apelación ante el Metropolitano de Santiago, exhorto que consta haber sido librado y emitido en el mismo día a pesar de lo cual no se presentó en el Juzgado de Santiago por el portador, hasta el 19 de Julio, en cuyo día se acordó su cumplimiento, entregando al Procurador designado para intervenir en su diligencia, el oficio para el Provisorio interesando la práctica del testimonio de referencia, y ese oficio se entregó a la Secretaría del Tribunal Metropolitano por el Procurador antedicho el 6 del expresado mes, después de las horas de audiencia; y al día siguiente ofició el Provisorio al Juzgado participándole que no se podía expedir el testimonio interesado entre otras razones que no son del caso, por falta material de tiempo para verificarlo en el plazo que restaba del término de prueba; de modo que si no se le ha podido llevar esa probanza a los autos de ello no se puede culpar a nadie extraño o ajeno a la representación de la misma parte a quien interesaba la susodicha prueba que dejó pasar varios días sin presentar, primero, el exhorto en el Juzgado, y después, el oficio que del mismo recibiera en el Tribunal Metropolitano; y esta pérdida de tiempo que determinó la imposibilidad de llevar a cabo la diligencia por negligencia o abandono de una parte, no debe suplirse por el Juez como se dice en el recurso, usando de la facultad que para mejor proveer concede a los Jueces y Tribunales el artículo 340 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque ello equivaldría a apartarse de la imparcialidad, que debe ser norma de su actuación para convertirse en defensor de una de las partes contendientes en el pleito; pero dejando a un lado esta potentísima razón no cabe apoyar un recurso en que el Juez no usó de una facultad que la ley otorga para que la utilice cuando, con arreglo a su criterio, lo estime necesario o conveniente y, por tanto, no derivando la supuesta indefensión que el recurrente invoca de infracción de normas esenciales del juicio, ya que ninguna se ha cometido, según se desprende de cuanto queda expuesto es indudable la improcedencia de esta primera causa de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1534--.

Con arreglo a esta doctrina conforme a la cual no es posible apoyar un recurso fundado en la violación de las normas esenciales del juicio que hayan producido indefensión por el hecho de haber usado o no el Juez o la Sala de una facultad que para mejor proveer le otorga el artículo 340 de la ley Procesal civil para que la utilice cuando, con arreglo a su criterio, lo estime necesario o conveniente, es desestimado por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 951- el recurso de revisión que por tal motivo interpuso la parte recurrente contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia: "... Que, al acordar la Sala sentenciadora, traer a los autos para mejor proveer



la certificación acreditativa del matrimonio de los litigantes ofrecida por el actor se atuvo a las facultades que discrecionalmente le otorga el artículo 340 de la ley procesal y con mayor razón en este caso, porque eran notorias las dificultades que al presentarse tuvieron que ofrecerse para obtener en la Habana el expresado documento y por otra parte, porque no habiéndose acompañado éste a la demanda, sino solamente señalarse en ella la fecha y lugar en que el matrimonio se contrajo, en la contestación se asintió por la recurrente ser indudablemente un hecho exacto que los litigantes se hallaban matrimonialmente vinculados; y esto unido a que el pleito se ha seguido en todos sus trámites con la intervención de aquella parte y sin menoscabo alguno de sus derechos, excluye que puedan haber sido vulneradas las formalidades substanciales del procedimiento, ni que se haya ocasionado indefensión".

(742) "... Que después de admitida como pertinente por el Juzgado de primera instancia de Algeciras la prueba propuesta por ambas partes, hubo de realizarse sin la menor protesta de los litigantes ante quien por ostentar el cargo de Juez municipal suplente recayó sin duda conforme a la ley de jurisdicción del de primera instancia, concurriendo a la práctica de toda ella el Procurador señor M.R., y a la de la que tuvo conveniente su letrado defensor, por el cual es visto que el hecho de que no la presenciase el asesor letrado señor Juez municipal competente incidido por no reunir la persona que desempeñaba a la sazón accidentalmente este cargo aquella cualidad, no hubo de producir indefensión al don Antonio M., ya que siempre se halló asistido de su representante legal y pudo estarlo igualmente de su letrado defensor al practicarse la prueba, razón por la que no cabría estimar por el indicado motivo la revisión interesada; tanto menos cuanto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la ley orgánica el Juez lego ante el que se desarrolló la prueba estuvo asistido de letrado asesor al dictar el auto en que se admitió como pertinente la prueba pericial de cotejo de letras, y al evacuar más tarde el informe que elevó a la Audiencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1604-; "...Que no tiene mayor virtualidad la supuesta violación de los artículos 662 y siguientes, de la misma ley adjetiva y que se denuncia en el apartado 8 del motivo primero, por haber el Juez dado traslado del escrito formulando el incidente de tacha de ciertos testigos, a la parte actora, para que pudiera impugnarlo dentro de los tres días siguientes difiriendo hasta después de transcurrido dicho plazo el acordar respecto de la prueba de esas tachas, pues es de observar: primero, que tampoco se recurrió contra la providencia de 12 de junio de 1934, en la que el juez decretó no haber lugar a la declaración de los testigos propuestos para la prueba de tachas por falta material de tiempo para llevarla a efecto, ya que el plazo prorrogado terminaba en la misma fecha del proveído; Segundo, que aunque el artículo 661 de la tan repetida ley concede el plazo de los 4 días siguientes al en que se hubiesen terminado las declaraciones de los testigos de una parte para que puedan ser tachados por la contraria, nada impide que la propuesta de tachas se anticipe a la citada fecha de conclusión de las declaraciones, máxime permitiendo el artículo 600, para los juicios de menor cuantía, que cada parte pueda tachar los testigos de la contraria dentro de todo el término probatorio; Tercero, que en último término tiene esta Sala declarado, en sentencia de 11 de febrero de 1914, que la inadmisión de la prueba de tachas de los testigos no produce indefensión, ya que la apreciación de las declaraciones prestadas por los testigos, tengan o no tachas, es siempre facultad exclusiva del juzgador": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 629-; "... Por cuanto atañe a la violación formal atribuida como primera causa de esta revisión, cual se dice ser haberse inculcado el perito que actuó a instancia de la actora prescindiendo de realizarlo entre quienes constaren contribuyentes de su ramo, que basta advertir se omitió en la instancia toda propuesta y pedimento de subsanación de la luego imputable falta, para que se estime invirtual referido quebrantamiento, inadmisibles por imperio de la norma ritual exigente de que todos los recursos por cuestiones de forma sean precedidos de enunciación de requisitos aquí olvidados: Que aun si se supone en circunstancias de ser tratado el argüido defecto, tampoco lo es ni produjo indefensión, porque la referencia del artículo 616 de la ley de Enjuiciamiento civil al pago de la contribución industrial ha de relacionarse con su precedente artículo 615 y de su armonización resulta la preferencia del título oficial que faculta al peritaje sobre el práctico contribuyente

y, en el caso, la insaculación tuvo lugar entre archiveros bibliotecarios a quienes compete la peculiaridad del conocimiento de manuscritos, sin que el designado fuese objeto de recusación ni el peritaje la única probanza": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1935 - Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1248-; "... Y con menor razón puede fundarse la causa alegada en haber implicado el Juzgado rectamente el artículo 1246 del Código Civil, impidiendo que declarase por ser inhabil por incapacidad natural un testigo de doce años de edad que intentó presentar la demandante": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2474-; "... Que la violación de las formalidades esenciales del juicio alegadas, consistentes... en defectos de la citación de la recurrente para la absolución de posiciones pedidas por el actor, no pueden ser estimadas como eficaces para producir la nulidad pretendida, ... y los supuestos defectos de la citación no puede estimarse que hayan producido indefensión a la recurrente, ya que por haber sido declarada confesa en dichas posiciones ningún perjuicio le ha producido ni mucho menos se le ha impedido por no haberlas absuelto que ella hubiera articulado la prueba que creyera conveniente a su derecho, ya que fue notificado a su representación el conveniente a su derecho, ya que fu notificado a su representación el recibimiento a prueba del Juicio": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1486-.

(743) Artículo 51 del párrafo primero del proyecto de ley de divorcio y 48 párrafo primero del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio ( Cfr. NOTA 747 de la tesis).

No cabe confundir los términos "renuncia de la acción" y "allanamiento a la demanda", pues la renuncia implica el abandono expreso y definitivo del derecho reclamado, y el allanamiento a la demanda supone la conformidad de la parte demandada con lo solicitado y pedido por la parte actora (Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 156-).

(744) "... Y por consiguiente al estimarla la Sala sentenciadora que la prueba de confesión judicial, única que se practicó en este pleito, es insuficiente para decretar el divorcio fundándolo en la existencia de la causa doce del artículo 3º de la Ley que tige esta materia, lejos de cometer injusticia, lo que hizo fue atemperarse fielmente a lo dispuesto en el artículo 51 de dicha Ley, cuya evidente finalidad fue impedir que el empleo de este medio equivaliera a un mutuo disenso, soslayando, o más propiamente dicho, burlando las garantías que se establecieron en la Ley para que esta causa pueda ser apreciada; y en su consecuencia debe desestimarse este recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1035-.

(745) "... En cuanto al segundo argumento, la cuestión queda reducida a declarar si la audiencia al implicar el artículo 51 de la ley de Divorcio, como fundamento único de su fallo, cometió injusticia notoria por aplicación indebida de tal precepto, y esta cuestión tiene que resolverse en sentido negativo, primero, porque no existe en ello patente y manifiesta contradicción entre el fallo y aquel artículo 51 que los Tribunales tienen potestad de aplicar, cuando del conjunto de lo actuado y del examen de las pruebas lo estimen justo, y como en el presente caso existieron anomalías procesales en las peticiones de los cónyuges, dignas de tenerse en cuenta, pues después de presentada la demanda, y antes de contestarse, la defensa y representación de la mujer demandante, desiste y se aparta de la acción sin llegar a ratificarse en tal escrito la interesada, por lo que el pleito siguió, y una vez formulada la contestación, con reconvencción, ambos letrados y Procuradores manifiestan que sus clientes se han puesto de acuerdo en solicitar el divorcio, pero solo por la causa duodécima del artículo 3º, renunciando a todas las demás que en sus respectivos escritos tenían alegadas proponiendo como única prueba la de confesión judicial de ambos litigantes sobre la existencia de tal causa, escrito en el que se ratifican marido y mujer, que también confesaron la certeza de aquella causa duodécima, tanta vacilación y tan diferentes y aún contradictorias peticiones en los litigantes explica que el Tribunal haya hecho uso del artículo 51 debidamente, no estimando suficiente la confesión por sí sola para fundamentar una sentencia condenatoria, sin cometer con ello

injusticia notoria": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1740-.

(746) "... Que en lo referente a la justicia del fallo resulta su pronunciamiento ajustado a derecho toda vez que si el acto formal de la esposa al allanarse con solemne ratificación personal a la reconvencción interpuesta por el marido significa tanto como un paladino reconocimiento de los hechos imputados, la subsiguiente comprobación de éstos mediante la prueba corroboratoria garantiza el acierto de la Sala al determinar los mismos y subsunirlos bajo la norma rectamente aplicable; por lo cual no es posible aceptar la tesis de injusticia notoria alegada en tercer lugar por la recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1474-; "... Que el motivo segundo, comprendido en la causa de revisión consignada en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, aun cuando atribuye a la Sala Sentenciadora haber sufrido manifiesto error en la aplicación del derecho..., no logra demostrar uno ni otro, pues el primero lo funda en que las exculpaciones del demandado, interpretadas como confesión, no pueden servir de base, conforme al artículo 51 de esta ley especial, a una sentencia condenatoria, olvidando al razonar así que la confesión, si no es suficiente para fundar una sentencia, constituye siempre un elemento de juicio de gran importancia, poniéndolo en relación con las demás pruebas, como lo hizo, en el caso actual, la Audiencia de Valencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 629-.

(747) Artículo 51 del párrafo segundo del proyecto de ley de divorcio y 48 párrafo segundo del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 48 del dictamen proponía la siguiente redacción del párrafo segundo del mismo:

"Los parientes y domésticos de los cónyuges que declaren como testigos en los juicios de divorcio no podrán ser tachados por la concurrencia de aquellas cualidades" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, precisa el Sr. Fernández Clérigo que el voto particular por él suscrito se funda exclusivamente en que no parece que la condición de ser pariente o servidor de los cónyuges haya de constituir motivo de incapacidad para ser testigo, sino, sencillamente, podrá ser motivo de tacha, habiendo de eliminar, por consiguiente, la tacha y no la incapacidad del testigo; a esta razón, opone, a su vez, en nombre de la Comisión, el Sr. Quintana de León que ésta, al rechazar este voto particular del Sr. Fernández Clérigo, ha entendido que, a tenor de lo que se preceptúa en los artículos 660 y 661 de la ley procesal civil, si el pariente o el doméstico manifiestan la existencia de la tacha al contestar a lo que llamamos en términos forenses las generales de la ley, ya no cabe incidente de tacha, pero, en cambio, si al contestar estas preguntas calla maliciosamente el estar incurso en una de ellas, de la sensación de una doblez, de una malicia de un interés manifiesto, y en este caso no se puede cerrar el paso al litigante adverso para que formule el oportuno incidente de tacha; estas razones dadas por el Sr. Quintana de León no convence al Sr. Fernández Clérigo, al cual le parece que, en todo caso, puede el Juez apreciar, sin incidente, si concurre o no una tacha en el testigo, y reconociendo que es claro que esto lo apreciará si el testigo lo confiesa, y si no, tendría que ser motivo del incidente que habría de ventilarse para probarlo, declara que, en todo caso, aunque concurra esta circunstancia, le parece que la eliminación de estos testigos, que mil veces pueden ser los únicos que den razón cierta de las causas de divorcio, es eliminar, en la mayor parte de los casos, los únicos elementos de prueba que con eficacia pueden aducirse en una acción de divorcio: de nuevo contesta al Sr. Fernández Clérigo el Sr. Quintana de León que señala que la Comisión no ha incurrido en el error de confundir una tacha de testigo con una suerte de incapacidad para ser testigo, ya que el testigo, tachado o no, presta su declaración, y al Juez, en la libre apreciación de las pruebas, le corresponde admitir aquello que sea admisible y rechazar aquello que no lo sea, pero la Comisión no ha querido privar al litigante, en modo alguno, de ejercitar el derecho que la ley procesal le concede, cuando el incurso en tacha callase maliciosamente que estaba en una de esas causas; para el Sr. Fernández Clérigo, que interviene de nuevo en la discusión del voto particular por él suscrito, es evidente

que si dejamos siempre el camino de la tacha abierto, en cuanto el propio testigo la declare, el Juez la tendrá que apreciar, y el testigo resultará inhábil, no por el incidente de tacha, sino por su propia manifestación, sin que medie aquella mala fe a que alude el Sr. Quintana y que, por consiguiente, bien sea por confesión de la parte, que el Juez tendrá que apreciar, bien sea por manifestación del testigo, que el Juez también tendrá que apreciar, bien por el incidente de tacha, estarán siempre eliminados los parientes y los domésticos y, por tanto, resultarán sin medios de prueba, en muchos casos, los que traten de ejercitar una justa acción de divorcio, y a evitar esto es a lo que tiende el voto particular por él suscrito; para el Sr. Pita Romero, de la Comisión, que trata a continuación de precisar en qué consiste el error en que, a juicio de aquélla está el Sr. Fernández Clérigo, no se limita de ninguna manera la facultad del Juez para oír y apreciar como válido y perfectamente hábil el testimonio de los parientes y domésticos, sino que lo que la Comisión quiere es que se pueda tener un perfecto derecho, cuando un testigo niegue u oculte su condición de pariente o doméstico, a probar que lo es, lo que no incapacita al testigo porque el texto del dictamen reconoce la aptitud para serlo de los parientes y domésticos: sin más discusión, fue desechado este voto particular en votación ordinaria por 84 votos contra 50 (Discusión del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3950-3951).

A continuación se leyó un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), análogo al suscrito por el Sr. Fernández Clérigo, en que proponía la siguiente redacción del párrafo segundo del artículo 48 del dictamen:

"Los parientes y los domésticos de los esposos no podrán ser tachados como testigos por estas causas" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106):

En defensa del mismo interviene el Sr. Villanueva, al que no convencen en manera alguna las razones expuestas por el Sr. Quintana de León en su refutación del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo; explica el Sr. Villanueva que el voto particular por él suscrito se encamina a que en esta clase de juicios no puedan ser tachados los parientes y domésticos de los esposos, los únicos que en muchas ocasiones pueden suministrar los datos y antecedentes a los Tribunales para poder determinar si ha lugar o no la demanda de divorcio o separación, pues desde el momento en que estos testigos, de una manera voluntaria, declaran su condición de parientes o domésticos de los cónyuges al contestar las generales de la ley, o si no lo dicen puede ser objeto de tacha, el Juez, dando lugar al incidente de tacha en el segundo caso, o sencillamente estimando la declaración en el primero, puede decir que no tiene la declaración valor de ninguna clase, aun cuando, formulando un criterio transaccional, admite que pueda ejercitarse el incidente de tacha para el caso de que estos testigos oculten maliciosamente su condición de parientes o domésticos de los esposos:

"... Aunque este voto es análogo al del Sr. Fernández Clérigo, no lo retiro, pues no me han convencido, en manera alguna, los argumentos del Sr. Quintana de León. En el dictamen sobre el proyecto de ley que discutimos se dice que los parientes y domésticos podrán ser oídos como testigos, y no era necesario que lo dijese, puesto que todos aquéllos pueden ser oídos como testigos, no solamente en los pleitos de divorcio, sino en todos los demás. Ahora bien; desde el momento en que estos parientes y estos domésticos, de una manera voluntaria lo declaran al contestar a las generales de la ley, o si no lo dicen pueden ser objeto de tacha, el juez, dando lugar al incidente de tacha en el segundo caso, o sencillamente estimando la declaración en el primero, puede decidir que no tiene la declaración valor de ninguna clase. Por esa razón, nosotros, al formular nuestro voto particular, hemos creído que lo más jurídico no es decir que podrán ser oídos como testigos, sino determinar lo referente a que puedan ser tachados. Es decir, que los únicos que pueden tener conocimiento más perfecto en cuanto a los pleitos de divorcio son generalmente los parientes y domésticos de los esposos; aquellos que han estado en constante relación y conviviendo en la casa con los cónyuges, y ellos son los que pueden suministrar los datos y antecedentes a los Tribunales para poder determinar en su día si ha lugar o no al pleito de divorcio; porque no se puede acudir a otro señor que por vivir en población distinta no conoce las interioridades de la vida conyugal. Claro es que estos parientes y domésticos, con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil, tienen muchas tachas, y el juez en su sentencia no da valor alguno a su declaración;

pero es indiscutible que en el pleito de divorcio es necesario que esos parientes y esos domésticos, puesto que lo son de ambos cónyuges a la vez, no puedan ser tachados.

Ahora bien, yo no tengo inconveniente en que se pueda admitir una adición, para el caso de que si en las generales de la ley, es decir, cuando el juez pregunta si es pariente o doméstico, lo negase, pueda ser entonces tachado; pero si no lo niega y dice de una manera clara y terminante que es pariente o que es doméstico, no solamente ha de ser oído, sino que no puede ser tachado. Por eso yo solicito de la Cámara un poco mas de atención sobre este particular y que vea que no difiere mi voto particular del dictamen en la cuestión fundamental, sino que es más bien una cuestión de apreciación jurídica y de técnica de procedimiento lo que se discute, por lo que espero que sea tomado es consideración":

Sin más discusión, fue rechazado por la Cámara en votación ordinaria por 68 votos contra 49 el voto particular suscrito por el Sr. Villanueva (Discusión del voto particular suscrito por los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio): Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3951).

Este criterio transaccional propuesto por el Sr. Villanueva en la defensa del voto particular suscrito por el mismo aparece en una enmienda del Sr. Gasset en que propina la siguiente redacción del párrafo segundo del artículo 48 del dictamen:

"Los Jueces y Tribunales admitirán y apreciarán las declaraciones que como testigos presten los parientes, amigos y domésticos de los esposos, sin que puedan los mismos ser tachados si al declarar manifiestan la concurrencia de tales circunstancias" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la misma sesión, a continuación del voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), el Sr. Gasset, que interviene en defensa de la misma, distingue tres cosas distintas: la admisión de la declaración de parientes y domésticos en esta clase de juicios, recogida en el texto del dictamen, aun cuando por el mismo se añade la de los amigos de los cónyuges; la apreciación de las declaraciones de estos testigos por los Jueces y Tribunales, y la tacha de los testigos que al declarar ocultan la concurrencia de tales circunstancias, cosas ambas sobre las que el texto del dictamen no dice nada, y sobre las que, en cambio, se pronuncia la enmienda debatida:

"... Creo, Sres. diputados, que estamos todos conformes en principio y que si así no ha aparecido en las anteriores votaciones ha sido sencillamente porque no hemos conseguido una manifestación concreta en la que se refleje el común pensamiento.

Creo que en este asunto que debatimos hay tres cosas distintas que no ha recogido en su dictamen la Comisión: Estas cosas distintas son: la admisión del testigo, la tacha del testigo y la apreciación del dicho del testigo. Hata ahora no se ha hablado más que de dos cosas, cuando, en realidad, son tres muy diferentes y más importantes la apreciación que la admisión.

Dice la Comisión que se admitirá el testigo pariente o doméstico y, en realidad, diciendo esto no ha reformado nada de los que son preceptos generales de nuestra ley Procesal civil; porque yo no sé que a nadie pueda prohibírsele que declare y que sea admitido como testigo. Lo que ocurrirá es que después la parte podrá tachar lo que ese testigo haya dicho, según las circunstancias en que se encuentre, para luego determinar la apreciación del Juez. Si de estas dos últimas cosas hubiera dicho algo la Comisión, seguramente que no se hubieran defendido los votos particulares sostenidos elocuentemente por los Sres. Diputados que me han precedido en el uso de la palabra; pero como no ha sido así, creo de mi deber decir todo lo que sobre este asunto voy a manifestar.

Claro está que los juicios de divorcio son unos juicios excepcionales, respecto a las personas que han de declarar sobre los hechos que los motivan. Por eso la Comisión ha admitido la declaración de parientes y domésticos. Añado yo también la de los amigos, porque seguramente los de uno u otro cónyuge, o de ambos, podrán decir cosas de gran importancia con relación a los juicios de divorcio, y para redondear mi pensamiento decía que los jueces admitirán y estimarán en su justo valor las declaraciones de esos testigos, porque hay que dar potestad al juez para que luego pueda hacer la apreciación de la prueba, de lo dicho por los testigos, según la calidad de cada uno de ellos. Por

último, terminaba yo la redacción de mi enmienda con lo que es común a todos estos votos particulares. ¿Qué objeto tiene la tacha en nuestra ley procesal civil? Poner de manifiesto aquello que el testigo, maliciosamente o por incapacidad, ha dicho o ha negado. Cuando el testigo diga la verdad, no hay por qué tacharlo; ya ha dicho en su declaración lo que puede ser motivo de disminución del valor de ella. Cuando el testigo niegue u oculte la concurrencia de tales circunstancias, hay necesidad de que sea tachado para que el juez sepa si en efecto la tacha que se le imputa es o no legítima.

Con estos argumentos queda justificada mi intervención y creo que habrá comprendido el señor Presidente que no era caprichosa, sino obligada por las circunstancias. Espero que la Comisión ahorrará la molestia a la Cámara de una nueva votación admitiendo mi enmienda, por estimar mis razones".

Para el Sr. Quintana de León, que habla en nombre de la Comisión, entiende ésta que no es necesario la admisión de la enmienda objeto de discusión, pues al dejar sentado el texto del dictamen que los parientes y domésticos de los cónyuges pueden ser admitidos como testigos, sería absurdo creer que, después de oídos estos testigos, el Juez no pueda tener en cuenta sus declaraciones, mas si en las generales de la ley ocultan maliciosamente su condición, en este caso, dice el Sr. Quintana la otra parte podrá formular el incidente de tacha, correspondiendo, en cualquier caso, a la potestad del juzgador la apreciación de la prueba:

"... La Comisión, Sr. Gasset, ¿cómo no va a estimar palabras tan ponderadas y que responden a un talento y a una práctica de todos tan conocidos como los de su señoría? Pero la Comisión entiende que no es necesario aceptar la enmienda, modificando el dictamen, cuando en su texto están todas las garantías que S.S. apetece.

En el texto del dictamen y con las normas que se mantienen de la ley de Enjuiciamiento civil, no sólo hemos dejado en el silencio, para que no pudiera prestarse a interpretaciones que los parientes, los amigos y los domésticos pueden ser admitidos como testigos, sino que en el artículo 48 se dice de un modo expreso. Y esto no es literatura, ni es emplear palabras en una cosa baldía, porque no íbamos a caer en el absurdo de decir al juez que puede oír como testigos a los parientes, amigos y domésticos para disponer después que no tenga en cuenta sus declaraciones.

El pariente, el criado, el amigo, que son los que lógicamente han de tener mejor conocimiento de los motivos que se aleguen en el pleito de divorcio, comparece a la presencia judicial y son oídos. En las generales de la ley se le pregunta si concurren algunas de las causas que se les indican, y si lo confiesan, Sr. Gasset, repetimos lo que hemos estado diciendo: ya consta al juez, por esa manifestación de los declarantes, que existe una condición que en determinados casos puede ser limitativa de la fuerza probatoria del testigo. Si no lo confiesan, se abre amplio cauce al incidente de la tacha. En cualquier caso, la apreciación de la prueba es algo que queda reservado a la conciencia y a la potestad del juzgador y entendemos que no debe ser en el articulado de la ley donde le pongamos al juzgador ni cauce ni valladar. En definitiva, Sr. Gasset, admisibles los testigos, constante el motivo de la tacha, la apreciación de si vale o no la prueba dependerá del criterio del juez. Espero que S.S. se dé con esto por satisfecho y no nos pida una nueva votación".

Conformándose con estas manifestaciones del Sr. Quintana de León, el Ar. Gasset opta por retirar la enmienda por él suscrita, quedando a continuación, sin mas discusión aprobado el artículo 48 del dictamen (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset: Cfr. Diario de Sesiones Tomo VII, p. 3951-3952).

(748) "... Que por lo que se refiere a la segunda de las causas alegadas por la demandante, o sea la de malos tratamientos de obra de que ha sido víctima por parte de su esposo, contrariamente a lo que se dice en el Considerando tercero de la sentencia, aparecen debidamente comprobados por las declaraciones de los testigos, pues aun cuando éstos son, en efecto, familiares y sirvientes, deben ser tenidos en cuenta, en atención a que, por regla general, estos hechos ocurren en la intimidad del hogar, y, por tanto, sólo son presenciados por personas de tal condición, razón por la cual, y en recta interpretación del párrafo segundo del artículo 51 de la vigente ley de Divorcio, sólo deben ser desestimadas las manifestaciones de criados

y familiares cuando otro elemento de prueba neutralice o desvirtúe la presunción de veracidad en que se inspira el citado precepto legal, circunstancia que en este caso no se advierte; tanto mas, cuanto que en el caso presente el demandado afirma la realidad del hecho, si bien dando una inverosímil y acomodaticia explicación del mismo, en cuanto a haber dado a su esposa un golpe en el vientre, a consecuencia del cual hubo la señora de reclamar a gritos los servicios de un aédico, pues así se infiere de la redacción dada por el mismo a la repregunta trigesimaquinta del primer pliego dirigida a las personas que dijeron haberlo presenciado": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 327-:

A esta doctrina jurisprudencial alude, a su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 733-.

(749) Dispone el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"Los jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran".

(750) "... Que no existe en el fallo recurrido la injusticia notoria que en el recurso se alega, porque fundada tal injusticia en no haber apreciado debidamente la Sala sentenciadora las pruebas suministradas por la demandante en justificación de las causas que en su demanda alegó como base del divorcio que solicitaba, tal afirmación ni resulta exacta ni es suficiente para que nazca injusticia, que, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, exige un evidente y manifiesto desacuerdo y contradicción entre la resultancia de lo actuado y lo resuelto por el Tribunal, y en el presente caso, de los siete testigos de la demandante a que se alude en el recurso, concurre en cinco de ellos la circunstancia de ser los padres, el hermano y dos tíos de aquélla, más dos mujeres sin parentesco alguno con la recurrente, que son precisamente las que saben los hechos por referencias de una amiga, y si bien en el artículo 51 de la Ley de Divorcio se admite como testigos a los parientes de los esposos, ello no obsta a que sus declaraciones se aprecien con arreglo al artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento civil, máxime cuando como en el presente caso, los testigos del marido demandado declaran todo lo contrario de lo que afirman aquellos testigos de la mujer": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1463-.

(751) "... Que tampoco puede ser acogida la causa 3ª del artículo 57 de la repetida ley, alegada como segundo motivo del recurso por la esposa, porque eliminada en estos procedimientos por el párrafo segundo del artículo 51 de aquélla, la tacha de los parientes y domésticos de los esposos, y apreciados sus testimonios y los demás obrantes en autos, por el Tribunal "a quo", como demostrativo de los hechos que le sirven de base en su sentencia para estimar como causa de divorcio imputable a la esposa la octava del artículo 3º, no aparecía patente que aquél haya hecho con error la valoración de la prueba; extremo que la recurrente no ha podido justificar con sólo oponer su personal criterio al de la Sala sentenciadora": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1789-; "... Que por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, o sea el no haber tenido en cuenta el Tribunal "a quo" las tachas alegadas por la parte recurrente contra algunos testigos de la contraria en razón al próximo grado de parentesco que tienen con la demandante ello no puede ser materia del recurso de que se trata en la forma que ha sido planteado, ya que no hay términos hábiles de dar lugar a la causa de injusticia notoria porque el Tribunal sentenciador no tuviera en cuenta la eficacia de las tachas para deducir el valor probatorio de determinados testigos, máxime cuando si es cierto que aquéllas se alegaron, no lo es menos que no se practicó prueba alguna que justificara su debida estimación, que no podía quedar limitada a la realidad del parentesco, porque la Ley de divorcio en su artículo 51 reconoce de modo expreso valor al testimonio de parientes y domésticos, y en su consecuencia ninguna finalidad práctica podrían alcanzar las tachas que se limitaran a acreditar que dichos testigos eran parientes más o menos próximos de la demandante, deduciéndose de todo lo expuesto que este motivo no puede prosperar": Sentencia del Tribunal supremo de 24 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2198-; "... Que la impugnación del fallo en

cuanto declara probada la concurrencia, en contra del demandado Sr. A.O. de la indicada causa primera del artículo 3º de la referida ley, pretende basarla el recurrente... en que el Tribunal "a quo" no debió conceder valor probatorio a las manifestaciones de unos testigos "criados de la casa al servicio o bajo la disposición de doña M.T.P."..., pero respecto a aquel primer motivo de impugnación del fallo es de advertir que la revisión de las probanzas descubre que si alguno de los testigos de la parte actora fueron, en efecto, hace años, mozo de comedor, cochero, niñera o doncellas en casa de los cónyuges contendientes, el camarero y portero del Círculo a que asiduamente concurría el demandado no estuvieron al servicio de la esposa, ni pueda por tanto el recurrente imputarles aquella supuesta tacha que a los demás intenta oponer sin fundamento legal para ello por cuanto el artículo 51 de la ley de divorcio de un modo expreso dispone, de acuerdo con las exigencias de la realidad y del común sentir, que, los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos, e igualmente patentiza que tanto las declaraciones de los que por haber convivido en el hogar de los señores A.O., pudieron conocer íntimamente las interioridades del mencionado matrimonio como las de aquellos otros dependientes del Casino frecuentado por el esposo, fueron recta y racionalmente apreciadas por la Audiencia de Sevilla para formar la firme convicción del adulterio en que durante su matrimonio ha vivido y persiste el demandado excluyendo por tanto de la sentencia toda idea de injusticia notoria que hiciera precisa su revisión como el señor A.O. interesa en su recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1883-.

(752) Artículo 58 del proyecto de ley de divorcio y 55 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 55 del dictamen fue aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122- (Cfr. diario de Sesiones, tomo VII, p. 3987).

(753) Artículo 52 del proyecto de ley de divorcio y 49 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 49 del dictamen, artículo 51 conforme al voto particular, proponía la siguiente redacción del mismo:

"Terminado el período de prueba, el juez dictará providencia ordenando la remisión de los autos a la Audiencia provincial, con emplazamiento de las partes, por término de diez días" (Cfr. diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, la finalidad del mismo es, según expresaría el Sr. Fernández Clérigo, la de sustituir el informe que el Juez instructor había de realizar conforme al artículo 49 del dictamen por una especie de apuntamiento que había de realizar, conforme a un voto particular que tiene presentado al artículo 50 del dictamen, el secretario de la audiencia correspondiente, pronunciándose así por el sistema puro de la instancia única con norma a seguir en esta clase de procedimientos, sin que se mezcle con ponencias judiciales que, en la práctica, en muchos casos, no siempre los jueces van a realizar debida y personalmente, sino que se van a deferir a funcionarios subalternos del Juzgado:

"... Sres. diputados, la finalidad de este voto es, ante todo, la de sustituir el informe que el juez de primera instancia debe hacer, con arreglo al dictamen emitido por la Comisión, por una especie de apuntamiento que yo llevo a un voto particular formulado al artículo 50 y que debe realizar el secretario de la audiencia correspondiente.

Me parece que aquí la Comisión ha enfocado el asunto con un sistema eclesiástico que viene a ser como una transacción entre la única y la doble instancia, y así se pretende que el informe del juez sea sencillamente una ponencia que venga a sustituir a la sentencia y sobre la cual pueda después discutirse en el debate que se entable durante la vista del pleito ante la Audiencia correspondiente.

A mí me parece que, ya que nos pronunciamos por la instancia única, que es la vía más indicada para ventilar en el moderno procedimiento estas cuestiones, debemos abordar el problema con valentía, sin eufemismos y sin transacciones, y que no es precisa la ponencia judicial, porque en este caso el criterio del juez terciará y servirá de apoyo



a la decisión de la Audiencia. Muchas veces podrá sustituirse una decisión de la Audiencia. Muchas veces podrá sustituirse una decisión más meditada de la audiencia por la acogida en globo de los razonamientos del juez; pero no debemos desconocer que en la práctica (y esta es una manifestación un poco delicada, pero yo estoy siempre dispuesto a decir todo lo que creo que es verdad), no siempre los jueces van a realizar debida y personalmente esta labor, porque ni asume la responsabilidad de la decisión, ni es una función eminentemente jurídica como la que debe realizar el juez. Se trata de recoger en un informe una impresión sobre los hechos y sobre las pruebas, que en muchos casos va a estar deferido a funcionarios subalternos del juzgado, y eso me parece sumamente dañoso. Preferibles es que con franqueza se aborde el problema, prescribiendo que se haga un extracto de los hechos, alegaciones, pruebas y una especie de apuntamiento por el secretario a la Sala que haya de fallar en definitiva, y en este sentido es en el que orienta el voto particular que tengo en estos momentos el honor de sostener y de someter a la consideración de la Cámara.

No sé si los razonamientos serán bastantes; pero a mí me parece que el sistema eclesiástico que aquí tratamos de implantar va a ser notoriamente dañoso, y es preciso que de una vez nos decidamos por la instancia única, si ésta es la norma que en los sucesivos va a servir de cauce a esta clase de procedimientos, sin que los mezclemos con ponencias judiciales, que no siempre recogerán exactamente los hechos, por no estar formuladas por los funcionarios judiciales y que pueden servir de base a la decisión de las Audiencias, la cuales no deben tener otra gufa que lo que resulte de los folios del pleito y de las informaciones de las partes":

En nombre de la Comisión, el Sr. Martínez Moya explica el porqué ésta ha rechazado este voto particular, por entender que se trata únicamente de sustituir en los trámites del juicio de divorcio, que es por naturaleza de menor cuantía, la comparecencia ante el juez, por un informe del mismo, función que los jueces deberán desempeñar por sí mismos, y sin que pueda pensarse que la audiencia que ha de conocer para fallar en primera y única instancia estos juicios venga a aceptar graciosamente y sin penetrar en el fondo del asunto el informe del juez instructor, sin que, de otro lado, pueda tener eficacia alguna el apuntamiento que propugna el Sr. Fernández Clérigo desde el momento en que han de remitirse directamente los autos a la Audiencia y, en caso de que tuviera que intervenir, al Tribunal Supremo:

"... Sres. Diputados, la Comisión ha estudiado detenidamente el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, que se encuentra en relación con otros votos particulares que tiene presentados en materia de procedimiento dentro de la estructuración de la ley sobre el divorcio, y en esta estructuración que el Sr. Fernández Clérigo establece, la Comisión no ha intervenido, porque ha rechazado, tanto el voto particular que se refiere a este artículo como el que tiene anunciado respecto de otro artículo posterior.

No se trata de establecer un criterio transaccional. Se trata únicamente de sustituir en los trámites del juicio de divorcio, que es por naturaleza de menor cuantía, la comparecencia ante el juez e incluso lo que pudiera ser, si fuese de mayor cuantía, un escrito de conclusiones, por un informe del juez, que no hay que negar que puede tener muchas veces, en materia de práctica de prueba, un carácter de subjetividad que procede de la observación, de la atención decidida y constante en el desenvolvimiento de los trámites probatorios, que ha de escapar de modo forzoso y necesario a la atención de la Sala, que ha de escapar siempre en todo momento a la atención del relator que formaliza el apuntamiento, que no ha sido testigo activo ni principal de esa prueba desenvuelta ante el Juzgado y que el juez, con su competencia especial, ha visto y observado y puede consignar en su ponencia.

Pensar que los jueces van a declarar esta función en un funcionario subalterno, es una opinión posible, pero aunque el Sr. Ossorio y Gallardo me hace signos afirmativos de que tal cosa ocurrirá me parece que eso dice poco en favor de los jueces que así procedan. Los jueces deberán desempeñar por sí mismos esa función, si piensan que tienen en sus manos cuestiones tan interesantes como las que se ventilan en un juicio de divorcio, y no la delegarán en un subalterno del Juzgado; habrán de atenerse a su propio criterio,

porque se pone en sus manos una alta función social, ya que el divorcio no entraña simplemente cuestiones de orden material o económico, como otros pleitos que se ventilan ante los Tribunals, sino algo que es de una gran trascendencia y, sobre todo, que afecta fundamentalmente a los hijos, caso de que los haya en el matrimonio. Pensar también que la Audiencia que ha de conocer para fallar en primera y única instancia estos juicios venga a ser la que acepte graciosamente y sin penetrar en el fondo del asunto esta especie de ponencias judiciales que hagan los jueces, es cosa que da una triste impresión de la labor que los magistrados han de realizar antes de dictar su fallo. Y sobre todo, este apuntamiento por el que propugna el Sr. Fernández Clérigo, que no es de este artículo, pero que está en íntima relación con él, no puede tener eficacia desde el momento en que se suprime el recurso de casación y han de remitirse directamente los autos al Supremo, en caso de que el Supremo tenga que intervenir en el pleito, y en este caso los autos no quedan en la Audiencia, sino que se elevan a la Superioridad, y huelga el apuntamiento, trámite necesario en las apelaciones ante la Audiencia para establecer una segunda instancia. Por estas razones y fundamentalmente, Sres. Diputados, por la necesidad de que el juez vierta en ese informe el resultado de su propia observación, que en nadie puede delegar ni a nadie puede conferir, motivos que indiscutiblemente son los que tuvo en cuenta la Comisión Jurídica Asesora al establecer estos preceptos -y yo celebro los signos afirmativos que veo en el Sr. Sánchez Román-, la Comisión ha creído necesario dejar en esta forma plasmado en el informe judicial el resultado de la prueba que ha de ser practicada en estos juicios de divorcio":

Insistiendo en una realidad que insta recoger, el Sr. Fernández Clérigo sigue pensando que, en la práctica, muchas veces, esas funciones que no son realmente técnicas, los jueces las delegan en los funcionarios auxiliares, así como en la idea de que, de mantenerse el texto del dictamen, se desnaturalizaría la instancia única; en cuanto al tema del apuntamiento, éste, dice el Sr. Fernández Clérigo, debe llenar una necesidad cual es la del conocimiento que por él deben tener los magistrados que van a fallar el pleito en el momento en que éste llega a la Sala para conocer y ventilar el asunto, y la función esencial del apuntamiento sería que una copia de ese extracto se entregue a cada uno de los magistrados que han de formar la Sala el día antes de la celebración de la vista:

"... Sr. Martínez Moya, nadie más entusiasta que yo de la función judicial; pero cuando venimos aquí a hacer una ley, los entusiasmos los debemos dejar a un lado y hemos de pensar únicamente en las realidades, y en la realidad yo tengo que confesar a S.S. y S.S. lo sabe lo mismo que yo, que muchas veces, casi siempre, estas funciones, que no son realmente técnicas, los jueces las delegan en los funcionarios auxiliares. Esta es una realidad que yo recojo y que no tengo más remedio que mostrar ante la Cámara, por muy doloroso que me sea.

Pero, además, si de lo que se trata es de que el juez recoja su impresión sobre las pruebas y se las transmita al Tribunal, entonces se desnaturaliza la instancia única, porque vamos a injertar un juez de instrucción en la resolución que va a adoptar el Tribunal colegiado, que es el único responsable del fallo.

En cuanto a que no tiene trascendencia el apuntamiento, el Sr. Martínez Moya sin duda no se ha fijado en el voto particular que yo tengo formulado al artículo 50, porque el apuntamiento, desde el momento en que se inicia esa otra saludable tendencia por virtud de la cual los autos van a remitirse originales al Tribunal Supremo, como se hace ahora cuando se trata de recurso de casación en los Tribunales industriales, carecería de finalidad; pero para mí el apuntamiento debe llenar una necesidad que hoy no llena, y es el conocimiento que por él deben tener todos los Magistrados que van a fallar el pleito en el momento en que llega a la Sala para conocer y ventilar el asunto. Aquí nos encontramos con que el apuntamiento no sirve nada más que para que se instruyan las partes para que vaya después al Tribunal Supremo, y cuando llegan los Magistrados a formar Sala de Audiencia, únicamente el presidente y el ponente son los que conocen el pleito, los demás van completamente desprovistos de toda noción del pleito y no conocen de él más que las referencias interesadas que de una y otra parte dan los letrados defenso-

res. La función esencial del apuntamiento sería que una copia de ese extracto, que una copia de ese apuntamiento se entregase a cada uno de los magistrados que han de firmar la Sala el día antes de la celebración de la vista, y eso es lo que yo propongo en mi voto particular al artículo 50. De manera que ya ve el Sr. Martínez Moya cómo el apuntamiento tendría una finalidad que él, sin duda por no haberse detenido en el examen de mi voto particular, no ha llegado a penetrar.

Por consiguiente, yo mantengo ese voto particular, porque le considero substantivo, para que se estructure y forme debidamente el concepto de la instancia única, sin injertos extraños, y para que además el apuntamiento cumpla la misión más delicada, que, a mi juicio, en el orden procesal tiene que cumplir":

Cierra esta discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo, y para reiterar los argumentos ya expuestos en nombre de la Comisión, el Sr. Martínez Moya, que aclara también lo dicho con anterioridad por él en cuanto al tema del apuntamiento:

"... Yo lamento, Sres. Diputados, que los argumentos expuestos por mí en nombre de la Comisión, hayan dado motivo a que el Sr. Fernández Clérigo estime como manifestaciones exclusivamente más las que he expuesto, creyendo interpretar, del mejor modo posible, las razones que ha tenido en cuenta la Comisión para rechazar su voto particular.

No he dicho yo que el apuntamiento no tenga importancia; lo que he dicho es que la principal función del apuntamiento en los trámites actuales de nuestra ley de Enjuiciamiento es la de ser remitido a la superioridad en los casos de los recursos de casación para conocimiento del Tribunal Supremo, y que estando los autos a disposición de los magistrados para su estudio, el apuntamiento no llena una finalidad de extraordinaria importancia, que cedía ante la necesidad de su envío al Tribunal Supremo en caso de recurso de casación. Por esto verá el Sr. Fernández Clérigo que no es ni desconocimiento de su otro voto particular ni falta de lectura del mismo; son argumentos que parten de directrices completamente distintas y que, naturalmente, no pueden tener un entronque por este motivo. Yo hablaba del apuntamiento en cuanto a la necesidad del recurso de casación; no me refería a que el apuntamiento pueda ser o no conveniente para el estudio de los demás magistrados que forman la Sala.

Los argumentos que he expuesto quedan reiterados aquí para no cansar inútilmente la atención de la Cámara y, por lo tanto, la Comisión lamenta no poder aceptar el voto particular del Sr. Fernández Clérigo".

Sin más discusión y hecha la oportuna pregunta por la Presidencia, fue desechado el voto particular del Sr. Fernández Clérigo en votación ordinaria (Discusión del voto particular del Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3953-3955).

A continuación se dió lectura a una enmienda del Sr. Puig de Asprer en que proponía la siguiente redacción del artículo 49 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Cerrado el periodo de proposición de prueba, el juez remitirá los autos a la Audiencia provincial respectiva, previo emplazamiento del Ministerio fiscal y de las partes litigantes, para que comparezcan ante la misma, dentro del término de diez días" (Cfr. diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 107):

El Sr. Puig Asprer defiende esta interesante enmienda partiendo del procedimiento de instancia única por el que se ha pronunciado la Comisión, pero parte del juicio oral como complemento del régimen que se basa en la instancia única por entender que no se puede privar al Tribunal sentenciador de que pueda apreciar "de visu" la prueba, por lo absurdo de querer que sea un Tribunal colegiado el que falle esta clase de pleitos según pruebas en las cuales ni ha intervenido ni ha presenciado, siendo por ello lo más lógico que la prueba toda se practique ante el Tribunal que ha de fallar en única instancia:

"... Con muy breves palabras voy a defender mi enmienda, no obstante hacer presente que el concepto que envuelve, así como lo que se refiere al artículo siguiente, entraña la resolución de un problema procesal de la mayor importancia para mí. Entiendo que es de la mayor importancia, por cuanto he visto, con verdadera satisfacción, que así la Comisión dictaminadora como la Cámara se pronuncia por el procedimiento de la instancia

única, pero la Comisión no tiene el mismo criterio en cuanto al juicio oral, y a mi juicio -mi opinión es muy modesta, pero así lo entienden todos los juristas que han escrito sobre materia de procedimiento-, la reforma del régimen procesal debe tener por base no solamente la instancia única, sino también el juicio oral. La instancia única ante el Tribunal colegiado es hoy día axioma de materia procesal. La apelación es un trámite que va a caer en desuso en el orden legal, como ha caído en desuso, puede decirse, en el orden científico; pero el juicio oral es el complemento del régimen que se base en la instancia única, porque, de lo contrario, resultará un absurdo que quedará subsistente si no se admite esta enmienda y prospera el dictamen de la Comisión.

Si se quiere que falle el pleito de divorcio hoy -mañana otra clase de pleitos- un Tribunal colegiado en única instancia es necesario consignar también que ese Tribunal colegiado, que sin apelación ha de fallar, sea el mismo que conozca las pruebas. Que falle un Tribunal según pruebas que el mismo no ha presenciado, según pruebas en las cuales no ha intervenido, por el resultado de una prueba testifical en la cual el Tribunal no tiene derecho a preguntar, puesto que ante él la prueba no se practicó, por el resultado de una prueba pericial en la cual el Tribunal tampoco puede preguntar a los peritos, si la prueba ante él mismo no se practicó, es un absurdo; es llevar un juicio para la resolución en única instancia a un Tribunal colegiado, pero privarle del conocimiento directo de las pruebas, de la apreciación de las pruebas por sus propios ojos, por sus propios oídos, de la apreciación de la prueba, como decía Alfonso el Sabio, poniéndose el juzgador la manos en el corazón. Para ver cómo declaran los testigos; para saber si los testigos o los peritos son veraces o no en su manera de decir y en su manera de opinar, es necesario que el Tribunal sentenciador pueda apreciar "de visu" la prueba.

No obstante todo esto, la Comisión dictaminadora pretende que el Tribunal colegiado, que la Audiencia provincial, falle los pleitos de divorcio sin ver las pruebas; teniendo allí una prueba escrita solamente, y como complemento de esta prueba (tan deficiente siempre como son las pruebas escritas, que dependen más del redactor del acta del juicio que del que declara), un apuntamiento, del que se hablaba aquí hace pocos momentos.

Verdaderamente es extraordinario que en materia procesal, en 1932, se hable todavía de apuntamientos, cuando la prueba puede practicarse ante un Tribunal colegiado, ante un Tribunal que ha de fallar, repito, en única instancia. ¿Qué necesidad tiene del apuntamiento un juez instructor que no ha de fallar? Yo creo que es más lógico que la prueba toda se practique ante el Tribunal Colegiado, y por eso yo entiendo muy procedente que las Audiencias provinciales, a las cuales llama, con todo acierto, a mi juicio, la Comisión dictaminadora para el fallo de los asuntos de divorcio, sean las que intervengan en las pruebas interrogando a los testigos y a los peritos, y a los mismos interesados, si es menester; y así, con perfecto conocimiento del asunto, con perfecto conocimiento de todo lo que hay en el juicio oral, pueda dictar el Tribunal un fallo verdaderamente justiciero, basado en el conocimiento de los hechos, que de otra manera es imposible que conozca perfectamente el Tribunal colegiado que ha de fallar en única instancia.

La Comisión parte del criterio de que sean las Audiencias provinciales las que fallen estos asuntos. Yo entiendo que en lo sucesivo no deben ser las Audiencias provinciales Tribunales de lo criminal exclusivamente. Yo felicito por este acierto a la Comisión. Creo que las Audiencias territoriales en España están llamadas a desaparecer, por estar llamado a desaparecer el trámite de apelación; pero si las Audiencias provinciales han de fallar en instancia única, yo pido a la Comisión aquí (y lo propongo en esta enmienda y en otra al artículo siguiente) que fallen celebrando un juicio oral, no una vista en la que se ha de leer un apuntamiento, que los magistrados pueden oír o no oír, porque es muy fatigosa y es muy pesada su lectura, hablan las partes y el Ministerio fiscal; pero la prueba, que es lo esencial, es lo que quedaría por hacer ante el Tribunal. Por eso yo propongo por el establecimiento de esta clase de juicios en instancia única; que el juicio oral que está establecido en los juicios criminales, que son siempre más importantes que los juicios de divorcio; que este trámite del juicio oral ante las Audiencias provinciales se establezca también para los juicios de divorcio. Nada más:

La única razón que, en nombre de la Comisión, da el Sr. Martínez Moya para rechazar la enmienda defendida por el Sr. Puig de Asprer es la falta de preparación suficiente de los Tribunales y de los auxiliares de los mismos, que no podría permitir que la idealidad de que la prueba se practique en juicio oral ante el Tribunal que ha de fallar en única instancia tuviera realidad y resultado práctico, aparte de que ello vendría a reproducir ese hecho trágico de que, practicadas las pruebas ante la Sala de las Audiencias provinciales, después no queda constancia alguna en autos de la prueba practicada, con lo que éstas serían ocultas de modo definitivo, en caso de revisión al Tribunal Supremo, siendo esto lo que se suple con el criterio por virtud del cual el juez que ha practicado las pruebas tiene que emitir un dictamen sobre la práctica de las mismas y sobre las cuestiones de derecho que se ventilan:

"... Sres. Diputados, la Comisión lamenta extraordinariamente no poder aceptar la enmienda que con tanta elocuencia ha defendido mi querido amigo y compañero el Sr. Puig de Asprer.

Realmente podrá ser una idealidad el que la prueba se practique en juicio oral ante el Tribunal que ha de fallar en única instancia; pero esto exigiría una organización en nuestros Tribunales que actualmente no existe, ni los Tribunales están preparados para desenvolver la prueba en tal forma.

Y así vendríamos a reproducir ese hecho trágico que venimos presenciando los profesionales en la vida del derecho en materia criminal de que, practicadas las pruebas ante la Sala de las Audiencias provinciales, después no hay constancia alguna de las declaraciones de los testigos, de los peritos y aun de la propia confesión del procesado. Y con el desconocimiento completo de los hechos declarados y probados se remite al Tribunal Supremo la resultancia dictada por ese Tribunal inferior. Tal vez fuese una aspiración muy legítima el que ante la instancia única y ante el Tribunal colegiado se practicasen estos medios de prueba; pero tal como está estructurado el procedimiento actual español, los medios con que cuentan los Tribunales colegiados y las enormes dificultades que ello entrañaría, estima la Comisión que no es posible establecer de manera alguna la práctica del juicio oral en las pruebas ante la Audiencia que ha de fallar el pleito de divorcio; porque si bien podría traer la ventaja de que de momento el Tribunal conociese con exactitud la actuación personal de cuantos declaren o oitan su testimonio, en cambio sería esto ocultado de modo definitivo, en caso de revisión, el Tribunal Supremo, que ha de decir la última palabra. Y esta falta de práctica de prueba ante el Tribunal colegiado es la que se suple con el criterio de la Comisión que formuló el dictamen, en virtud del cual el juez que ha practicado las pruebas tiene que emitir un dictamen sobre la práctica de las mismas y sobre las cuestiones de Derecho que se ventilan.

Por esta razón, por falta de preparación suficiente de los Tribunales y de los auxiliares de esos Tribunales, que no podrían permitir que esta idealidad, por la que propugna el Sr. Puig de Asprer, tuviera realidad y resultado práctico, sino que tal vez fuese contraproducente y contraria a los fines de la Justicia, la Comisión lamenta no poder aceptar la enmienda".

Por su parte, el Sr. Puig de Asprer cree que las Audiencias provinciales están perfectamente preparadas para que ante ellas tengan lugar los juicios orales en materia de divorcio, y en cuanto a que en los juicios orales desde el momento en que está prevenido que en el acta del juicio oral conste aquello que las partes deseen que conste, y, por lo tanto, mantiene la enmienda por él suscrita:

"... No me han convencido los argumentos que para la no admisión de la enmienda acaba de exponer de una manera elocuente mi querido compañero, Sr. Martínez Moya, y no me han convencido por cuanto sus argumentos se basan, en síntesis, en la circunstancia de que, a su criterio, no están preparados esos Tribunales para recibir en materia civil juicios orales. Yo entiendo que las Audiencias provinciales están preparadísimas para recibir o practicar los juicios orales. A diario ante ellas se desarrollan juicios orales y muchas veces en materias más graves que la de divorcio; y creo, por tanto, que están perfectamente preparadas para que ante ellas tengan lugar los juicios orales en materia de divorcio.

Ha dicho también el Sr. Martínez Moya que de los juicios orales no quedaría constancia

ninguna. Claro está que, por lo general, de los juicios orales no ha de quedar constancia alguna; si no los juicios no serían orales, serían escritos. No obstante, sabe perfectamente bien el Sr. Martínez Moya que está prevenido que en el acta del juicio oral puede constar aquello que las partes deseen que conste. De manera que con que las partes en el juicio de divorcio pidan que aquello que estimen necesario para la salvaguardia de sus intereses se haga constar en el acta del juicio oral, este inconveniente habrá desaparecido.

Se trata de que el día de mañana pueda llegar lo actuado en juicio oral ante el Tribunal Supremo. Si es en trámite de apelación desaparece la excelencia de la injusticia única en el procedimiento de divorcio, por el cual propugna meramente, sino de otro trámite, del trámite de revisión, por ejemplo, que establece en su dictamen la Comisión, basta que las partes pidan que se haga constar en el acta de juicio oral, según está prevenido para estos casos, aquello que deseen que conste.

Por consiguiente, insistiendo en que los Tribunales actuales, las Audiencias provinciales están perfectamente preparados para esa misión que a diario realizan con la celebración de juicios orales, termino rogando que sea admitida la enmienda que he tenido el honor de presentar".

En turno de rectificación precisa, a su vez, el Sr. Martínez Moya que lo que a la Comisión le inducía a rechazar la enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer no era la dificultad de hacer constar aquello que puede llevarse al acta, sino las dificultades de orden procesal que, en la estructuración actual del procedimiento, podría representar los trámites y las prácticas de pruebas ante un Tribunal colegiado, expresando su deseo de que en una posterior reforma de la Ley Procesal civil podría quizá tener adecuado lugar la innovación que propugna el Sr. Puig de Asprer en su enmienda:

"... Lamento que los argumentos que he formulado en nombre de la Comisión no haya satisfecho al Sr. Puig de Asprer; pero no era la dificultad de hacer constar aquello que puede llevarse al acta lo que a la Comisión le inducía a rechazar la enmienda, sino las dificultades de orden procesal que, en la estructuración actual del procedimiento, podrían representar los trámites y la práctica de pruebas ante un Tribunal colegiado. Además, es un hecho notorio, es un evidente, que al tener que centralizar en una Audiencia la prueba que ha de practicarse en diferentes lugares de su territorio, únicamente en aquellos que estuviesen enclavados dentro de la misma capital podrían practicar esta prueba personalmente las audiencias; pero para otra multitud de pruebas que se han de practicar en distintos lugares podrían producirse, y de hecho se produciría, lo que se viene observando actualmente en la práctica ante las audiencias territoriales: que cuando hay que practicar alguna diligencia de prueba se dirigen cartas-órdenes a los juzgados correspondientes para que ante ellos tenga lugar las pruebas que han de desenvolverse. Pero, además, el hecho de la prueba oral significaría una complicación extraordinaria, la dificultad de movilizar testigos, mayores gastos, y traería una serie de complicaciones que actualmente no son posibles dentro del procedimiento actual español. Seguramente que en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil podrá tener adecuado lugar lo que manifiesta el Sr. Puig de Asprer; pero, mientras que esto no esté establecido con carácter general, esta innovación en el juicio de divorcio podría ser peligrosísima. He aquí la razón por la cual la Comisión ha rechazado la enmienda".

Sin mas discusión, quedó rechazada esta enmienda, aprobándose a continuación el artículo 49 del dictamen (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3955-3957).

(754) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 531-: Demanda la esposa solicitando la separación de personas y bienes de los cónyuges por la causa tercera del artículo 36 de la Ley de Divorcio, y habiéndose estimado su demanda, se interpone contra la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" por el marido demandado recurso de revisión por injusticia notoria del fallo de instancia fundada en que el juez instructor al emitir su informe incurrió en el error de estimar probada la causa octava del artículo 39 de la citada Ley en lugar de citar la tercera del artículo 36, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo, "... porque, de la propia redacción

del informe de ese punto salta a la vista que de un error material se trata ya que dice que es la alegada por la actora que fue la segunda antes indicada", y "... porque el recurso no se da contra el informe sino contra la sentencia, en la que por la Audiencia claramente se alude como causa de la separación a la tercera del artículo 36 que fue alegada por la esposa".

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2192- se resuelve desestimar el recurso de revisión interpuesto por el marido demandado contra la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" en cuanto se funda en la violación de las formalidades esenciales del juicio concretada en el hecho de que el Juez emitió su informe antes de que llegara a su poder y pudiera unir el exhorto librado a Palma de Mallorca para la declaración de los cuatro testigos del recurrente, porque "... esta circunstancia procesal ni constituye una violación esencial de las formas del juicio ni menos ocasiona indefensión en el recurrente, ya que la Audiencia al fallar tuvo a su disposición aquel exhorto con las declaraciones testificales".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1412- estima que carece de virtualidad a los pretendidos efectos revisionistas la alegación deducida por el marido demandante en el recurso de revisión que interpuso contra el fallo dictado por el Tribunal "a quo" fundado en la causa 2ª del artículo 36 de la Ley de divorcio, de la infracción del artículo 54 de la misma consistente en haber omitido, como, en efecto, omitió el Juzgado al realizar el resumen, su informe sobre la cuestión de derecho, "... porque en ninguna faceta que se analice puede pensarse que el defecto ocasionara indefensión, que tampoco fue acusada en ningún momento de la instancia pudiendo serlo".

(755) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 476 bis- en que, deducido por la esposa demandada recurso de revisión por injusticia notoria del fallo absolutorio de su demanda reconventional dictado por el Tribunal "a quo", basada en que la Sala sentenciadora, al declarar no haber lugar al divorcio, se apartó del informe del Juez, que entendía lo contrario, se resuelve por el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo "... porque el Tribunal de instancia es soberano para apreciar la prueba".

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 1851- declara que es vana la argumentación en que la esposa demandante funda el recurso de revisión que por injusticia notoria interpuso contra el fallo absolutorio dictado por el Tribunal "a quo", basado en el pretendido error de haber la Sala sentenciadora desatendido el informe del Juez, por no ser de rigor "... que el Tribunal sentenciador haya suya la apreciación del Juez instructor".

A su vez, la sentencia del Tribunal supremo de 18 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 552- declara la improcedencia del recurso de revisión que por injusticia interpuso la parte actora contra el fallo absolutorio dictado por el Tribunal "a quo", sin mas fundamentación jurídica que la que se pretende derivar de la circunstancia de haber sido favorable a la misma el informe del Juez instructor, lo cual no basta para demostrar la injusticia notoria del fallo, "... puesto que es la Sala sentenciadora la que ha de apreciar la prueba practicada".

Finalmente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi 1062-, deducido por la parte demandada recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal "a quo" al estimar la demanda de divorcio instada por la parte actora por la causa séptima del artículo 39 de la Ley de Divorcio y desestimar la reconvenición formulada por la parte recurrente por la causa octava del artículo 39 de la misma, basado en el sólo hecho de haberse separado la Sala del criterio del Juez instructor, se resuelve por el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo, pues que "... la circunstancia de haber perecido en el incendio de la Audiencia de Oviedo los autos originales del juicio de divorcio a que se refiere el presente recurso, cuando estaba aquel pendiente de celebración de vista, y aunque se dé "... extraordinariamente valor al informe emitido por el Juez de Primera Instancia, presentado y reconocido como auténtico por las partes y

en el que se resume el resultado de la prueba practicada a instancia de ambas", ello "... no se puede alterar la naturaleza intrínseca de tal informe ni privar a la Audiencia de su indiscutible facultad para apreciar libremente las pruebas recogidas en el mismo y calificar jurídicamente los hechos que estime probados".

(756) Así, en la sentencia del Tribunal supremo de 18 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 967- en que, deducido por la esposa demandada recurso de revisión por Injusticia notoria del fallo absolutorio de su demanda reconvencional dictado por el Tribunal "a quo", basada en la falta de concordancia entre la opinión del Juez de primera Instancia, instructor del pleito, contenida en el informe que llevó a la Audiencia, y el juicio que este Tribunal formó para dictar la sentencia impugnada, se resuelve por el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo, pues "... la indicada disconformidad no es motivo legal de revisión ni podrá nunca dar lugar a la supuesta injusticia notoria del fallo recurrido puesto que éste no ha de fundarse necesariamente en lo informado por el Juez sino en la libre apreciación por la Audiencia de las pruebas practicadas y aplicación del pertinente derecho y sólo la errónea ponderación de aquéllas o la indebida adaptación de ésta al caso debatido puede determinar la procedencia de la causa tercera de revisión".



9.2.2. Fase de resolución ante la Audiencia de los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa:

a) Competencia objetiva por razón de la materia para fallar en única instancia los procedimientos de separación y de divorcio por causa justa:

Dispone el párrafo primero del artículo 55 de la Ley de Divorcio:

"Cumplido el trámite del artículo anterior, se remitirán los autos a la Audiencia provincial, con emplazamiento de las partes, por término de diez días" (757):

Habiendo ya señalado cómo la Ley especial de Divorcio se pronuncia por el régimen de instancia única como norma a seguir en los pleitos de separación y de divorcio, fijando dos fases distintas en el procedimiento de instancia única en que se basa la misma, la fase de instrucción ante los Jueces de Primera Instancia a quienes viene atribuida la competencia objetiva por razón de la materia para instruir los procedimientos de separación y de divorcio conforme a las reglas especiales de competencia territorial contenidas en la citada Ley, y la fase de resolución en única instancia ante un Tribunal colegiado, y, señalado igualmente que, según constante doctrina jurisprudencial, atribuido al Juez instructor del pleito el examen y consiguiente declaración de su competencia, es consecuencia natural que esa fijación alcance a las dos fases del procedimiento, sin que tal situación pueda ser modificada por el Tribunal sentenciador en tanto no le sea sometida la cuestión por alguna de las partes litigantes o por el Ministerio Fiscal, es necesario precisar el órgano a quien viene atribuida la competencia objetiva por razón de la materia para conocer y fallar en primera y única instancia los procedimientos de separación y de divorcio:

La discusión habida dentro de las Cortes constituyentes sobre la intervención de las Salas de lo Civil de las Audiencias

Territoriales o de las Audiencias provinciales tiene ya su origen en la distinta redacción de los artículo 53 del proyecto de ley de Divorcio y 50 del dictámen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, pues mientras que aquel, transcripción fiel y exacta del proyecto de la Comisión Jurídica Asesora, atribuía el conocimiento y fallo en primera y única instancia de los pleitos de separación y de divorcio a "la Sala de lo civil de la Audiencia respectiva", éste estableció que fuera la "Audiencia Provincial respectiva" la competente para conocer y fallar en primera y única instancia esta clase de pleitos (758):

Sendos votos particulares de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) y Pita Romero (759) al artículo 50 del dictamen transcriben fiel y exactamente el texto del artículo 53 del proyecto de ley de divorcio en cuanto en el mismo se establecía que a la Sala de lo civil de la Audiencia respectiva correspondía el conocimiento y fallo de los pleitos de separación y de divorcio:

En defensa del voto particular por él suscrito, el Sr. Villanueva explicaría los motivos en que se basa su tesis de que fueran las "Salas de lo Civil de la Audiencia correspondiente" las que tuvieran atribuida competencia para el conocimiento y fallo de las causas de separación y de divorcio: Para el Sr. Villanueva, las Audiencias Provinciales no conocen, única y exclusivamente, más que de los asuntos criminales, excepción hecha de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y el dejar que las mismas entiendan en todo lo que se refiera al divorcio es desnaturalizar por completo la institución misma (760); además, señala, conforme a la redacción del voto particular se da un margen para que cuando venga la reorganización de los Tribunales y cuando en las Audiencias Provinciales exista Sala de lo Civil, puedan estas Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales conocer de todos los pleitos de divorcio, pero, hasta tanto, tendrán que conocer de los mismos las Salas

de lo Civil de las Audiencias Territoriales; por último señala la incongruencia del texto del dictámen, pues, conforme al mismo, aun en las provincias donde exista Audiencia Territorial, quien habría de conocer de esta clase de pleitos no sería la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, sino la Sala de lo Criminal, siendo así que aquéllas, y no éstas, son, conforme a lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial, las únicas competentes para conocer de los pleitos civiles (761):

"No vengo, Sres. Diputados, a defender a las Audiencias territoriales; vengo, única y exclusivamente, a defender mi voto particular que no es más que la transcripción fiel y exacta del proyecto del Sr. Ministro de Justicia. En el proyecto del Sr. Ministro de Justicia, que era también la transcripción fiel y exacta del proyecto de la Comisión jurídica asesora, se decía de una manera terminante: "Conocerá y fallará de todos los pleitos de divorcio la Sala de lo Civil de la Audiencia correspondiente". Esta Comisión, por mayoría, acordó sustituir las palabras "Sala de lo civil de la Audiencia correspondiente" por "Audiencia provincial", y este Diputado que tiene el honor de dirigiros la palabra cree que esto es antijurídico, antiprocesal y contrario a las normas de la ley orgánica del Poder judicial, que es la vigente en estos momentos. La Audiencia provincial no conoce, única y exclusivamente, mas que de todos los delitos, excepción hecha, por disposición ministerial, de la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife que conoce de los pleitos civiles; las demás no conocen más que de los asuntos criminales, y el dejar a las Audiencias provinciales que entiendan en todo lo que se refiera al divorcio, en todo lo que atañe a las cuestiones entre los divorciados, incluso las referentes a los bienes, con todas sus incidencias, es denaturalizar por completo la institución misma.

Al formular este Diputado el voto particular, que dice que concederán las Salas de lo Civil en los pleitos

de divorcio, no quiere decir que no conozcan las Audiencias provinciales. Si dijera "conocerán las Audiencias territoriales", sería excluir de una manera terminante a las Audiencias provinciales; pero dice: "La Sala de lo civil de la Audiencia correspondiente". Y esto es dar un margen para que, el día de mañana, cuando venga la reorganización de los Tribunales y cuando en las Audiencias provinciales exista la Sala de lo civil pueda ésta conocer de todos los pleitos de divorcio. Pero mientras no tengan las Audiencias provinciales Sala de lo Civil, tendrá que conocer única y exclusivamente la Sala de lo Civil donde estén los funcionarios más especializados para fallar estas cuestiones tan importantes.

Además, Sres. Diputados, tal y como está redactado el artículo se ve una incongruencia muy grande, porque dice: "Las Audiencias provinciales conocerán y fallarán el asunto". Pues bien, donde no existe la Audiencia Territorial, donde sólo existe la Audiencia Provincial o sea la Sala de lo Criminal, ¿quién conocerá en el pleito de divorcio? Porque tal y como está redactado el artículo del proyecto de esta Comisión, quien tiene que conocerlo, aunque se trate de la Audiencia territorial, es la Audiencia provincial, y quedaría eliminada por completo la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial, cuando ésta, con arreglo a lo que dispone de una manera terminante la ley orgánica del Poder judicial, es la única competente para conocer en los pleitos civiles.

Esto, repito, no tiene nada que ver, para que el día de mañana en que venga un proyecto de reorganización de los Tribunales, se encomiende a las Audiencias provinciales las cuestiones civiles, pero mientras tanto, tendrán que conocer las Salas de lo Civil de las Audiencias territoriales de los pleitos de divorcio.

Este es un resumen y en concreto el voto particular que someto a la consideración de la Cámara":

Igual tesis viene a mantener el Sr. Pita Romero en defensa del voto particular por él suscrito, aduciendo al efecto dos razones fundamentales, una, en honor a una organización racional de la administración de la Justicia, atribuyendo el conocimiento de los asuntos civiles a las Salas de lo Civil, sin que, por tanto, se vincule el conocimiento de esta clase de juicios a ninguna Audiencia territorial, sino a una Sala de lo Civil, y sin que se pueda atribuir el conocimiento de los asuntos civiles a las Salas de lo Criminal, rechazando de antemano el posible argumento en contra de que los magistrados de las Audiencias provinciales están perfectamente preparados para juzgar y fallar estas cuestiones por no tratarse de una ineptitud de los magistrados sino de una ineptitud de la Sala de lo Criminal, y otra, en honor de una mayor rapidez en la tramitación de los pleitos de divorcio, rapidez que no se ve en ninguna parte en los asuntos criminales de que conocen las Audiencias Provinciales, con el contrasentido que supone la preferencia que se otorga por el artículo 51 del dictamen de los pleitos de divorcio a los que se beneficia de la excepción a que se refiere el párrafo segundo del artículo 321 de la Ley de Enjuiciamiento civil no sólo porque en esta clase de juicios no concurrirán en el Tribunal sentenciador las cuestiones enumeradas en dicho artículo sino que dicha preferencia no se puede aceptar en materia criminal (762), y sin que, por último, pueda aceptarse en contra de esta tesis mantenida en este voto particular el argumento de la mayor facilidad de acceso a las Audiencias provinciales como circunstancia que hace posible acercar más la justicia al justificable por contrastar el mismo con la centralización de estos asuntos en el Tribunal supremo aceptada por la Comisión a través del recurso de revisión:

"... Yo creo que para estimar estos votos particulares basta una razón de buen sentido. Se nos ha de contestar seguramente hablándonos de que las Audiencias Territoriales son absurdas y de que se impone la reforma de las Audiencias Provinciales; pero todo esto es completamente compatible con nuestro crite-

rio, como ha explicado elocuentemente el Sr. Villanueva, porque nosotros no vinculamos el conocimiento de estos juicios a ninguna Audiencia territorial, sino a una Sala de lo Civil.

Lo que, con todos los respetos, me parece que no puede empeorarse de puro absurdo, es que se cometa la falta de organización de atribuir el conocimiento de los asuntos civiles a Salas de lo Criminal. No me importa nada, Sres. Diputados, que se diga que los magistrados de las Audiencias Provinciales pueden estar perfectamente preparados para juzgar y fallar las cuestiones, que muchos de ellos acaban de ser jueces, y, por tanto, ~~de~~ conocer de juicios civiles, y que luego, en un ascenso, volverán a reintegrarse al conocimiento de las cuestiones civiles. Esto no tiene nada que ver, porque no es que sean ineptos los magistrados, es que es inepta la Sala de lo Criminal en el sentido de la rapidez y en el sentido, incluso, de la administración de la Justicia. La falta de relatores en las Salas de las Audiencias provinciales será un obstáculo a la rapidez del procedimiento que desea la Comisión, por la necesidad de hacer apuntamientos para apelaciones de las múltiples incidencias en que pueden abundar los juicios de divorcio, rapidez que no se ve por ninguna parte, porque se da el hecho en España de que es mucho más activa la administración de la justicia civil que la administración de la justicia criminal, pese a la urgencia que todo asunto criminal lleva en sí. Y no sé si recordaré mal al invocar cierta declaración reciente del Sr. Ministro de Justicia, corroborando este hecho mismo, de que las Salas de lo civil de las Audiencias de España tenían sus asuntos casi al día, que no había pleitos cuya tramitación excediera de dos años y, en cambio, abundaban los sumarios detenidos en las Audiencias provinciales que rebasaban de este período, sin que hubiesen llegado al juicio oral, pese, repito, a los intereses públicos y a los intereses de la situación del procesado, que abogan por una rapidez extraordinaria en los asuntos criminales.

Pero es que, además, Sres. Diputados, se oponen a la rapidez otros hechos. Hay que leer el artículo siguiente a éste, que en el dictamen de la Comisión perdura no sé por que razones, que no se me alcanzan. Ese artículo, que está íntimamente ligado con el que discutimos, dice que beneficiará a los juicios de divorcio la excepción del artículo 321 de la Ley del enjuiciamiento civil. El artículo 321 de la Ley de Enjuiciamiento civil es, señores Diputados, aquel que da preferencia a determinar cuestiones de alimentos, depósitos de personas y otras, para la vista y fallo de los asuntos correspondientes sobre las demás cuestiones civiles que estén pendientes en las Salas de lo Civil. Y yo digo: esto ya ha de ser de imposible aplicación, primero porque en las Audiencias provinciales no concurrirán los juicios de divorcio con las cuestiones enumeradas en el artículo 321 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Pero, además, la preferencia que se otorga civilmente a los pleitos de divorcio no se puede aceptar en materia criminal; porque si son urgentes los pleitos de divorcio, yo espero que la Comisión diga si las causas en que haya presos, en que graviten acusaciones extraordinarias sobre los procesos, se pueden posponer a los juicios de divorcio. De modo que la rapidez, Sres. Diputados, se encontrará confiando a las Salas de lo Civil el conocimiento de estos asuntos, y a las Audiencias provinciales. Y no hablemos, señores del contrasentido a que se llega pensando que las cuestiones de alimentos, de depósitos, de liquidación de bienes gananciales, que son problemas arduos de derecho, y que cuando se plantean con toda independencia son juzgados por las Salas de lo Civil en pleito de mayor cuantía; estas mismas cuestiones, cuando sean incidencias de juicio de divorcio, según el dictamen de la Comisión, serán conocidas por una Audiencia provincial.

Y, por añadidura, no espero que la Comisión recurra

el argumento de la vecindad, de la mayor facilidad de acceso a las Audiencias provinciales, como circunstancia que hace posible acercar más la justicia al justiciable, porque esto contrastaría demasiado vivamente con la centralización de asuntos en el Tribunal Supremo, que la Comisión, ha aceptado a través del recurso de revisión por injusticia notoria, que no es más que una segunda instancia, una instancia de apelación, más o menos desfigurada. Eso distanciará mucho más al litigante que la Sala de lo Civil de las hoy Audiencias territoriales, mañana Audiencias de la provincias, cuando una ley orgánica vaya a sentar las normas generales; porque no me parece político ni parlamentario esto de ir reformando a retazos, a pellizcos, leyes fundamentales de la Nación y estableciendo excepciones que no están justificadas.

La fórmula de la Comisión asesora jurídica y la del Sr. Ministro de Justicia son felices, porque están hechas en forma que no se oponen a una distribución distinta del conocimiento y de la competencia de las Audiencias de España. Por eso creo que en honor, primero, a una organización racional de la administración de la justicia, y, después, en honor a una mayor rapidez en la tramitación de los pleitos de divorcio, procede estimar nuestros votos particulares":

Por su parte, el Sr. Del Río defenderá el criterio aceptado por la mayoría de la Comisión sobre la intervención de las Audiencias Provinciales en el conocimiento y fallo en única instancia de los pleitos de separación y de divorcio: En pro de la tesis mayoritaria en la Comisión se aduce por el Sr. del Río un argumento rechazado ya de antemano por el Sr. Pita Romero sobre la conveniencia de poner en esta clase de juicios la justicia cerca del justiciable, y ello, señala el Sr. Del Río, por dos razones fundamentales, una, el interés de los litigantes, por cuanto que el conocimiento de estos pleitos por las Audiencias Territoriales no sólo supondría una dilación enorme en su tramitación, pues aun cuando tuviera aplicación



ese artículo 321 de la Ley de enjuiciamiento civil, elevada la cuantía de los juicios de menor cuantía a 20.000 pesetas, aun cuando se diera preferencia a los pleitos de separación y de divorcio, las apelaciones o vistas de los pleitos en las Audiencias Territoriales supondría un retraso de al menos un año y medio, sino que encarecería los gastos al ser necesarios sólo en la primera y única instancia dos procuradores y dos abogados, un procurador y un abogado en la fase de instrucción ante el Juzgado de Primera Instancia y un procurador y un abogado en la fase de decisión ante la Audiencia Territorial, y otra, el interés de la Justicia, pues al ser estos pleitos de enjuiciamiento de conducta, cuando más cerca estén los litigantes del Tribunal que falle, mayor conocimiento podrá éste tener de la conducta de los cónyuges y mejor realizará su función; aduce igualmente el Sr. Del Río el contrasentido que supone establecer en la primera ley civil que hace la República la competencia de las Audiencias Territoriales, que son exclusivamente Tribunales de apelación, viéndose así a invertir el procedimiento haciendo de las mismas Tribunales de instancia, cuando, además, se piensa en una nueva organización de los Tribunales en que, queriéndose ir a la instancia única en la justicia civil, se han de suprimir probablemente las Audiencias Territoriales; por último, rechaza el Sr. Del Río el argumento de que las Audiencias Provinciales no tienen costumbre para tramitar asuntos civiles, por cuanto nuestra Magistratura va continuamente de los cargos de la justicia criminal a los cargos de la justicia civil:

"... Sres. Diputados, he de sostener, en nombre de la Comisión el criterio aceptado por la mayoría de ella, en contra del voto sostenido por lo Sres. Villanueva y Pita Romero. No vamos a escamotear a la Cámara, no podríamos hacerlo, que la cuestión que se plantea aquí hoy no tiene sólo la trascendencia de la discusión de un artículo más o menos de la ley de Divorcio, sino que entra de fondo en la primera ley sustantiva de orden civil que hace la República, en la que se prejuzga la situación que han de tener dentro de los Tribunales de la Nación las Audiencias territoriales.

Antes de entrar en razones técnicas, no podemos olvidar no podemos dejar de reconocer, que se juegan intereses de las capitales de provincia de España; que la realidad es que a las quince capitales de provincia que tienen audiencia territorial es indudable que, en un sentido de puro interés, de puro materialismo, les conviene que sigan conociendo las Audiencias territoriales de los pleitos de divorcio, y que, en cambio, a las demás provincias, visto el aspecto solo en un orden material, que ahora analizaremos, les interesa que vayan a las Audiencias provinciales las vistas de las causas de divorcio.

Si yo me levantara a hablar aquí siendo Diputado por una provincia que no tuviera Audiencia territorial y abogado con ejercicio en esa capital de provincia, para defender exclusivamente que fueran los pleitos de divorcio a las Audiencias provinciales, vosotros, con un poquito de malicia, podríais suponer que yo pretendía defender intereses bastardos. Nada de eso. Vaya por delante la afirmación de que el abogado que os habla ejerce en capital donde hay Audiencia territorial. Pero, aparte de todo esto, es que no nos han convencido, en absoluto, ninguna de las razones sentadas por los Sres. Villanueva y Pita Romero (El Sr. Villanueva: Pero hay que contestarlas) A eso vamos, a contestarlas una por una, y yo espero que mis querido compañeros, si alguna omito, me hagan el favor de recordármela y procuraré contestarla, por cortesía y por obligación.

El pleito de las Audiencias territoriales es pleito que viene desde hace tiempo... (El Sr. Villanueva: Si no son audiencias territoriales; son Salas de lo Civil, que es distinto) Sr. Villanueva, decir Salas de lo Civil cuando no existen Sala de lo Civil más que en las Audiencias territoriales, es tratar de... (El Sr. Villanueva: Y en Santa Cruz de Tenerife) Y en Santa Cruz de Tenerife también. Desde el momento -repito- que se diga Sala de lo Civil es que los pleitos de divorcio van a las Audiencias territoriales. Y

¿qué es ir los pleitos de divorcio a las Audiencias territoriales? En los pleitos hay que ver el interés de los litigantes y el de la Justicia, hay que ver el interés de la pureza de la función. ¿Pueden sus señorías defender, viendo el interés de los litigantes, que los pleitos vayan a las Audiencias territoriales? Eso no admite discusión: cuanto más se acerque la Justicia al litigante, tanto mejor y más barata será para él. De modo que, lo que respecta al litigante, cuanto mas cerca tenga el Tribunal que juzgue, mucho mejor.

Pero en estos pleitos de divorcio hay otra razón para aproximar la Justicia a los litigantes: que son pleitos de enjuiciamiento de conducta, y como, en definitiva, un pleito de divorcio es el enjuiciamiento de la conducta de los cónyuges, cuanto más cerca estén los litigantes del Tribunal que falle, mayor conocimiento podrá éste tener de la conducta de aquellos y mejor realizará su función.

Decían los Sres. Villanueva y Pita Romero, defensores del voto particular: "No vamos a perjudicar, no vamos a traer aquí la reforma de la ley Orgánica. En los artículo que van aprobados de la ley del divorcio, llevamos reformados una infinidad de artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil". Yo puedo devolver el argumento, diciendo: si estais pensando en reformar inmediatamente, porque es necesario e indispensable, la ley Orgánica, no pongáis en la primera ley civil substantiva que hace la República el prejuicio de poder ir a lo que es aspiración de la Magistratura y de la mayor parte de la gente de toga, que es a la supresión de las Audiencias territoriales. No podemos negar que la aspiración hoy de la Justicia civil es ir a la instancia única, y si vamos a ser defensores de la instancia única en la Justicia civil, es evidente que sobran las audiencias territoriales. No podemos negar tampoco que la Comisión y la mayor parte de los sectores de la Cámara se han manifestado verdaderamente avariciosos porque la ley del divorcio diera medios de una tramitación rápida e inmediata de los pleitos que se entablen. Y

¿sabéis lo que supone llevar los pleitos de divorcio a las Audiencias territoriales para darles esa velocidad en el procedimiento que todos estamos conformes en que debe tener la tramitación de una demanda de divorcio por la naturaleza especialísima en que se encuentran los cónyuges durante esa tramitación?

Se nos decía que no tiene aplicación el artículo 321 de la ley de Enjuiciamiento civil que viene en el artículo 51 del dictamen. Yo tengo que manifestar que no tendrá aplicación literal, pero lógica, indudablemente sí. ¿Qué ese artículo supone que el planteamiento y fallo de los pleitos de divorcio ha de adelantarse a las demás causas o a los demás asuntos de que conozcan las Audiencias territoriales? Evidentemente, sí; porque es que, aunque ese artículo 321 tenga eficacia en las Audiencias Territoriales, elvada la cuantía de los juicios de menor cuantía a 20.000 pesetas, aunque se de preferencia a los de menor cuantía, las apelaciones o vistas de los pleitos en las Audiencias territoriales va a suponer un año o año y medio. (El Sr. Villanueva: No; ni seis meses). Además, vosotros queréis sostener el "statu quo" del procedimiento, y yo os digo que las Audiencias territoriales son exclusivamente Tribunales de apelación (El Sr. Jaen: Hay que acabar con todas las Audiencias territoriales) Y así se viene a invertir el procedimiento haciendo de las Audiencias territoriales Tribunales de instancia. De modo que la doctrina más innovadora es la nuestra, no la vuestra.

Esos argumentos que hacíais respecto de la mayor o menor aptitud de los magistrados que integran las Salas... (El Sr. Pita Romero: de eso no hemos hablado) Ha hablado el Sr. villanueva, no de la incompetencia de los magistrados, sino de que las Salas no tienen costumbre para tramitar asuntos por la falta de relatores. Pero, es que no sabemos que nuestra Magistratura va continuamente de los cargos de la Justicia criminal a los cargos de la Justicia civil, para

que no tenga valor ese argumento de magistrados adscritos a una función civil y de magistrados adscritos a una función criminal? Pues qué, el juez, desde que empieza, ¿no alterna la tramitación de los sumarios con el fallo de los pleitos? ¿Es que vamos a llevar a las Audiencias provinciales algo que rompe con ellas, porque no tiene un aspecto marcadamente criminal? ¿No conocen los Tribunales provinciales de lo Contencioso de los pleitos de carácter contencioso-administrativo?.

Yo invito a los Sres. defensores del voto particular a que me contesten a este argumento. Si estamos de acuerdo en que hay que modificar las leyes de injuiciar, las leyes de Procedimiento, en la organización que la República va a dar a nuestros Tribunales, vamos a iniciar lo que creemos que es esa corriente, de la que participan grandes sectores de opinión, de suprimir las Audiencias territoriales e incorporémosla a este dictamen, pero no debe llegarse a la consecuencia de hacer una legislación para que "a posteriori" las mismas Cortes republicanas tengan que rectificar la primera ley que hacen en ese sentido, y no hay que tener en cuenta el argumento de la competencia de los Tribunales, ni el de los relatores, porque abogados de oposición y secretarios de Sala existen en las Audiencias provinciales y en las territoriales; además, en estos pleitos de divorcio que, por su naturaleza, exigen una tramitación rapidísima, es una dilación enorme la apelación a la audiencia territorial, y, en otro orden de consideraciones, la substanciación del pleito de divorcio en la Audiencia territorial es evidentemente mucho más cara para los litigantes, mientras que tramitándose en la Audiencia provincial, generalmente, el litigante de un divorcio tendrá un procurador y un abogado; pero en el momento en que vaya a la audiencia territorial, y tenga que venir luego al supremo el juicio de revisión, una sentencia de divorcio supone tres abogados y tres procuradores, y eso dilara excesivamente la tramitación del asunto (El Sr. Pita Romero: No hablemos de apelación, Sr. Del Río.- El Sr. Villanueva: Instancia única) Pero como la instrucción, la demanda,

la contestación, la práctica de la prueba hay que realizarla dentro de un Juzgado de Primera Instancia y celebrar luego la vista en la Audiencia territorial, esa mayor separación de la Audiencia territorial de la provincial tiene una importancia grandísima, Sr. Pita, pues conozco sitios en España desde los que se tarda 4 días en llegar a la capital de la Audiencia territorial (El Sr. Pita romero: Pero los autos van certificados por correo) Es que además hay otra razón de orden técnico: El abogado que está dado de alta en una capital y ejerce en la de la provincia, ejerce también en todos los partidos judiciales de la misma. De modo que, con un solo abogado, la parte litigante tiene defensa en el Juzgado y en la Audiencia, pero si se lleva a la Audiencia territorial, necesita dos Abogados. En ese sentido no creemos que haya motivos para ampliar el trámite de la Audiencia territorial, a ser que exista el criterio de sostener a todo trance la existencia de las Audiencias territoriales":

Para entender que esta cuestión es sustancial al porvenir y a la eficacia de la Ley de Divorcio, interviene en el debate el Sr. Sánchez Román, que defiende el criterio de que las causas de divorcio no pueden ir necesariamente a los Tribunales de lo Civil, únicos a los que se puede atribuir competencia en estos pleitos por razón de la materia misma que se va a resolver; para el Sr. Sánchez román no hay ninguna razón de fondo que aconseje atribuir la competencia de las causas de divorcio a los Tribunales de lo Criminal, y así, frente al criterio sostenido por el Sr. Del Río, arguye el Sr. Sánchez Román, en cuanto a que se trata de pleitos de enjuiciamiento de conducta, que probablemente como norma de experiencia y no como criterio jurídico, en causas sobre la conducta, lo que hay que hacer para resolverlas en justicia y sin presión de ambiente, es sacarlas de la influencia local; en cuanto a la mayor rapidez con que se van a resolver estos pleitos atribuyendo su competencia a las Audiencias Provinciales, que existen datos de experiencia verdaderamente incontrovertibles que demuestran lo contrario; en cuanto a una nueva organización en el porvenir de los Tribunales en que se suprimirán probablemente las Audiencias Territoria-

les, habrá siempre Tribunales de lo Civil y de lo que se trata es, precisamente, que las causas matrimoniales las fallen siempre Tribunales de lo Civil, de ahí el cuidado del dictámen de la Comisión Jurídica Asesora y del proyecto del Ministro de sustituir la indicación "Audiencias Territoriales" por "Salas de lo Civil de las Audiencias respectivas"; y en cuanto a que los magistrados de lo Criminal son jurisperitos en el orden civil, que verdaderamente lo serán, pero mientras son magistrados de lo Criminal ejercen la técnica criminalista, cuando esta Ley está fundada precisamente en no atravesar ningún concepto ni relación penal para fallar la admisión o no de una causa de divorcio:

"... Intervengo en esta cuestión, porque verdaderamente la juzgo tan sustancial al porvenir y a la eficacia de la ley, que yo me atrevería a porfiar ahora, reservando la comprobación para los hechos del porvenir, que este punto de la jurisdicción, tal como la Comisión ha dictaminado, puede llevar implícito el fracaso de la ley de Divorcio.

Nuestro lema, el punto de vista de la Comisión y del proyecto ministerial es rigurosamente éste: Las causas de divorcio no pueden ir a los Tribunales de lo criminal; tienen que ir necesariamente a los Tribunales de lo Civil. Es decir, que cuando la Comisión y el proyecto ministerial se decidieron en tal sentido, lo hicieron pensando fundamentalmente en la competencia de unos ciertos Tribunales, por razón de la materia, esto es, porque la causa que se iba a ventilar era una contradicción de intereses concretos de Derecho privado de los que manejan, estudian y resuelven los Tribunales de lo civil y de los que conocen los Tribunales de lo criminal.

Frente a este criterio, que, por lo menos, tiene el motivo fundamental de estar inspirado en la materia misma que se va a resolver, la Comisión ha adoptado una postura

original, diciendo: "No; vámonos simple y directamente a los Tribunales de lo criminal" y se va a ello, no porque ninguna razón de materia así lo aconseje, sino porque lo aconsejan criterios en absoluto extraños, completamente exteriores a la naturaleza de la cuestión que se va a discutir.

En efecto, estos criterios, según la Comisión, son los siguientes: Primero, que hay que poner la justicia cerca del justiciable y, sobre todo, se agrega, en causas que van a versar sobre la conducta. Pues probablemente como norma de experiencia y no como criterio jurídico, en causas sobre la conducta, lo que hay que hacer, para resolverlas en justicia y sin presión de ambiente, es sacarlas de la influencia local. Por consiguiente, esa razón de vecindad no es atendible en ningún caso para fijar la competencia de los Tribunales y mucho menos en éste.

Se dice en seguida: "la rapidez con que se van a resolver las causas de divorcio, los pleitos matrimoniales". Yo no sé como se puede sostener esto cuando se tienen datos de experiencia verdaderamente incontrovertibles. No son demasiado aceleradas las labores de las Audiencias provinciales, pero, además, es que no pueden serlo, porque las Audiencias provinciales tienen una dotación de personal enormemente insuficiente para incorporar, sobre su tarea actual, estas nuevas causas matrimoniales. Toda Audiencia provincial, por norma general de distribución, cuenta con un presidente y dos magistrados y en cambio, los Tribunales de lo civil o Audiencias territoriales, sobre que todas tienen magistrados de lo criminal que se suman a los de lo civil, siempre la dotación de personal es mucho mayor y por eso se substancian los pleitos y causas con mayor rapidez.

El tercer argumento, que es en el que insistían más los compañeros de la Comisión, es un argumento que, a lo menos, yo he conseguido entender. Parece que el punto de vista de la Comisión es éste: "Estamos orientados a hacer



una nueva organización de Tribunales; en esa nueva organización de Tribunales se suprimirán probablemente las Audiencias territoriales y no quedarán más que las Audiencias Provinciales. Vamos a incurrir en el contrasentido de dictar ahora la primera ley civil de la República estableciendo la competencia de las Audiencias territoriales que, probablemente, habrá que suprimir después". Me parece que este es el argumento de la Comisión, y yo pregunto a la Comisión: en esa reforma del porvenir, de futuro, de nueva organización de Tribunales donde van a desaparecer las Audiencias territoriales para quedar sólo Tribunales de la provincia, ¿es que van a desaparecer las Salas de lo Civil? Porque este es todo el problema. Si no van a desaparecer y los que votan siempre en sentido particular dentro de la Comisión han tenido el cuidado de sustituir la indicación "Audiencias territoriales" por "Salas de lo Civil", yo le digo a la Comisión que no comprendo cómo se han encerrado en ese argumento tan absoluto, cuando la verdad es que, con organización provincial o con organización territorial, habrá siempre, me figuro, Tribunales de lo Civil, y entonces la pretensión del proyecto del Ministro, del dictamen de la Comisión asesora y de los votos particulares de algunos miembros de la parlamentaria, es pura y simplemente que las causas matrimoniales las fallen Tribunales de lo Civil. ¿Que son Tribunales provinciales cuando así se organizan? Muy bien. A eso no hay inconveniente. Lo que no podemos admitir de ningún modo es que, tratándose de materia puramente civil como son estas causas matrimoniales, se vaya, por una razón de tránsito, a fallar en los Tribunales de lo Criminal.

Se decía por mis compañeros: "Las causas matrimoniales son controversias de orden civil", y efectivamente que lo son por su asunto principal y por todas sus derivaciones. Se decía de adverso: "Es que los magistrados de lo Criminal también son jurisperitos en el orden civil". Los magistrados lo serán, pero lo que imprime carácter a su competencia es el oficio que ejercen, y mientras son magistrados de lo Criminal ejercen la técnica criminalista y de ningún modo la técnica

ca civil.

Esto, Sres. Diputados, tiene una importancia considerable por la razón concreta que voy a especificar aquí. No se trata sólo de que la acción matrimonial sea un asunto hondamente civil; se trata de algo más importante; es, a saber: que la causa matrimonial tiene que ventilarse y resolverse ayuna en absoluto de criterio penal, porque la discusión entera que se ha llevado en este proyecto de divorcio es la siguiente: que cuando se discutía si el adulterio había de ser delito para poder ser causa de divorcio; si la bigamia había de ser delito para ser causa de divorcio; si los malos tratos necesitaban haber constituido delito para ser contados como causas de divorcio, etc., toda la técnica de esta ley respondía al contrario: la bigamia, el adulterio, los atentados a la persona, sean o no sean delito, generalmente sin serlo, son causa de divorcio. Ahora bien: si esto es el principio específico de la Ley, ¿cómo vais a pedirles a magistrados de lo Criminal que están, por hábito y por oficio, examinando si un hecho constituye o no constituye delito para pronunciar su sentencia en condenación o en absolución; cómo vais a pedirles, repito, que de pronto, intercalando en su oficio técnico la causa matrimonial, tengan que desposeerse de este criterio metódico y decir "condeno aunque no hay delito"? Es lógico, por el contrario, que estos Tribunales estén siempre, en su pensamiento, cruzados por la imagen y el prejuicio de una figura delictiva, y allí donde no encuentren que hay un delito de adulterio o de bigamia o de homicidio no condenarán al divorcio aunque haya bigamia no delictiva, aunque haya adulterio no delictivo, aunque haya atentado o malos tratos no constitutivos de delito.

Por consiguiente, fijémonos bien en que vamos a entregar el instrumento de aplicación de esta ley a jueces especialistas en materia penal, cuando esta ley está fundada precisamente en no atravesar ningún concepto ni relación penal para fallar la admisión o la repugnancia de una causa de divorcio.

Y siendo esto así, porque no creo que esto tenga una contradicción legítima, fuera de toda pasión, y refiriéndose la materia de esta Ley a algo incorporado al sistema penal, lo que no lograré explicarme jamás es por qué razones de derecho y de política la Comisión parlamentaria de la ley de Divorcio dice: "aunque la ley de divorcio y las causas matrimoniales no tienen por qué nutrirse de ningún concepto de técnica penal, vamos a entregar su aplicación precisamente a los Tribunales que, por su oficio, son expertos en fallar sobre la aplicación de la ley Penal, por lo mismo que sus métodos jurídicos especialistas están destinados a esta función". Es más racional pedir, como pedimos, para el éxito de esta ley de Divorcio, que se vayan formando jueces especializados en el Derecho matrimonial, que no se pueden buscar más que precisamente en aquellos Tribunales de lo Civil, porque en lo civil encuadra toda la relación de matrimonio y de divorcio y sus consecuencias patrimoniales.

Por esto yo le digo a la Comisión: no hay ninguna razón de fondo que aconseje determinar aquí la competencia de los Tribunales de lo Criminal.

Si todo el apuro que tenéis para no remitir el conocimiento de estas causas matrimoniales a las Audiencias de territorio, es que no se perpetúe en la ley de Divorcio una organización judicial que cuente entre sus órganos las Audiencias territoriales, yo os invito, sencillamente, a transformar un poco la fórmula del voto particular, a que consignéis esta otra, que sería más sencilla y adaptable, o mismo a la organización de Tribunales de hoy, que a la organización de Tribunales de mañana. Yo propongo que digáis que de estas causas y de la aplicación de esta ley conocerán los Tribunales civiles. No digáis si son los Tribunales territoriales o los provinciales, sino simplemente los Tribunales civiles, porque lo que no tiene explicación es que sean jueces de lo criminal los que vayan a conocer de asuntos civiles.

Contra todo eso, vuestra tendencia es localizar en marco y en superficie más estrecha estos Tribunales, y si éste fuera el pensamiento, para que veáis que lo lleváis a un extremo absurdo, yo digo que mucho más cerca y en área más local que los Tribunales de la provincia hay otras organizaciones jurisdiccionales puramente locales, y me extraña cómo en esa apetencia que tenéis de hacer el juez testigo inmediato de las contiendas locales y pueblerinas de unas diferencias de divorcio, no hayais también pensado en grados de jurisdicción más inferiores, pero mucho más locales, y, por consiguiente, más contiguos y próximos al foco mismo donde el hecho de la causa de divorcio se produce.

En rigor, el compañero que hablaba en nombre de la Comisión, que esperaba que su argumento fuera contestado, y yo creo al contrario, que es la Comisión parlamentaria la que en el criterio de la mayoría -dicho con todos los respetos debidos- debe hacernos una demostración, porque en cuanto nos la haga, desde luego el primer voto que va a tener a su favor va a ser el mío. La tesis que tendríais que demostrar es la siguiente: si las causas matrimoniales son más adecuadas para que las fallen los jueces de lo Criminal que los de lo civil; porque éste es el problema, y todo lo otro es andar por el exterior. Podéis decir que creéis que es más competente, por su oficio y por su técnica, el juez de lo criminal, pero estaréis en contra del sistema de la ley (El Sr. Gomariz: No es lo mismo) Decís que es lo mismo por su competencia personal, y yo digo que la competencia personal es precisamente en la organización de la Justicia española una competencia cambiante, porque al magistrado que permanece en una Audiencia provincial fallando exclusivamente sobre delitos, se le borra prácticamente de la competencia civil, y estará por esto mismo fuera de ambiente, fuera del método y fuera del sistema de la Ley de Divorcio; y en cambio, el magistrado que ejerce constantemente en lo Civil queda fuera de la interpretación y de la técnica de lo penal,

y por esto mismo más capacitado para aplicar rectamente la ley matrimonial.

Por lo demás, vosotros, que habláis de cuál es el porvenir de una nueva organización de los Tribunales, no sé por qué dais por prejuzgada una cuestión que ha de ser la que más nos divida en la apreciación del problema, porque, probablemente, habrá muchos que estimen que el acierto de una buena organización judicial será separar perpetuamente la jurisdicción civil de la criminal; y entonces yo os digo, volviendo al argumento, lo siguiente: ¿Qué habremos conseguido con que la primera ley civil de la República señale la competencia de las Audiencias provinciales, que son Tribunales de lo Criminal, si luego viene una organización judicial que separe a un lado los magistrados de lo civil y a otro los de lo Criminal? ¿Eso quiere decir que no podremos ya reivindicar jamás el conocimiento de las causas de divorcio a favor de los Tribunales de lo civil? Si así fuera, realmente habría que felicitar a la construcción que ha hecho la Comisión parlamentaria (Muy bien)":

Para sostener el criterio de la mayoría de la Comisión contra las razones expresadas por el Sr. Sánchez Román, interviene en la discusión el Sr. Fernández Clérigo, que refuta, en primer término, el argumento de incompetencia por razón de la materia de las Audiencias Provinciales para conocer de esos pleitos, señalando que en España aún no se ha llegado a ese grado de especialización de la organización judicial que permite se desdoblen en especialidades las funciones y los funcionarios de la Administración de Justicia, no existiendo una diferenciación en la preparación técnica de los jueces para aplicar el Derecho Civil y para aplicar el Derecho Criminal, estando la única diferencia, no en su técnica personal, sino en la materia que les está atribuida, disipándose así el temor a la diversidad de técnicas distintas de que hablaba el Sr. Sánchez Román; señala igualmente el Sr. Fernández Clérigo que, sin prejuzgar lo que

hayan de ser en lo sucesivo los Tribunales de la República, el criterio de la Comisión en lo que a una futura organización de los Tribunales se trata es el ir a la instancia única en el procedimiento y a las Salas de lo Civil en las Audiencias Provinciales, y que, por tanto, al referirnos ahora a la Audiencia Provincial no se introduce confusión alguna en el procedimiento, pues serán las Salas de lo Civil las que conocerán de estos asuntos:

"... Sres. Diputados, realmente voy a hacer un gran esfuerzo para procurar ponerme a tono con el Sr. Sánchez Román. Claro es que no puedo ponerme a tono, seguramente, en la altura de la doctrina, pero voy a procurar ponerme a tono, exclusivamente, en la forma de la dicción. Yo no puedo, en modo alguno, compartir el criterio que ha sostenido el ilustre jurista y, al negarme a compartirle, nadie verá en mí sino una oposición absolutamente objetiva, porque yo sí que soy abogado de Audiencia Territorial, yo sí que soy abogado de la Audiencia de Madrid y voy únicamente a defender un criterio que creo inspirado, absoluta y exclusivamente, en principios de justicia. No quiero negar con esto igual inspiración a todos los demás criterios, totalmente respetables; pero sí quiero hacer destacar la posición en que me coloco al iniciar este debate.

El Sr. Sánchez Román nos habla de una incompetencia por razón de la materia de que conoce los Tribunales provinciales, y yo, que pocas veces veo la confusión en los conceptos de tan esclarecido jurista como es el Sr. Sánchez Román, creo que aquí padece ese defecto de confusión que, como digo, pocas veces le es imputable.

Sr. Sánchez Román, en España no tenemos jueces especializados, en España no hay diferenciación en la preparación técnica de los jueces para aplicar el Derecho civil y para aplicar el derecho criminal; la técnica personal de los jueces es absoluta y total, lo mismo para conocer de asuntos crimina-

les que para conocer de asuntos civiles. La única diferencia está, no en su técnica personal, sino en la materia que les está atribuida; por consiguiente, desde el instante en que a esos jueces se les atribuye materia civil, su competencia es idéntica que la de los magistrados de la Audiencia territorial para conocer de asuntos civiles.

Además, Sr. Sánchez Román, nos encontramos en este momento en la elaboración de una ley de naturaleza especial, substantiva y adjetiva, de una ley que no tiene precedente en nuestro Derecho patrio, de una ley cuya técnica habrá de irse elaborando en la aplicación de los Tribunales y, por consiguiente, sea el Tribunal de la Audiencia provincial, sea la Sala de lo civil de la Audiencia territorial, como S.S. proponga, la técnica ha de comenzar su elaboración, y lo mismo puede comenzarse partiendo de la Audiencia provincial que partiendo de la Audiencia territorial.

Ha dicho S.S. que era interesantísimo el que los jueces de lo Criminal no conociesen de estas materias con un perjuicio, con una costumbre, con un hábito de juzgar y de aplicar exclusivamente la técnica criminal. Y yo digo a S.S. ¿pero es que a esas Audiencias provinciales no están llegando los jueces de término, que acaban de manejar en toda la instancia y de fallar los pleitos civiles y, en cambio, la Sala de lo civil de las Audiencias territoriales se están nutriendo, muchas veces en su mayoría, por magistrados recién ascendidos de la Sala de lo Criminal? Esos sí que tienen una técnica de tres, cuatro o cinco años exclusivamente de lo Criminal.

Este es un argumento que, en mi sentir, no tiene vuelta de hoja.

Ya se ha dicho aquí, y casi sería ocioso repetirlo, Sr. Sánchez Román, que también conocen de la materia contencioso-administrativa, y no por eso del Tribunal de lo Criminal

aplican los preceptos de la materia contencioso-administrativa de la legislación propia administrativa, con un concepto penalista, ni con una técnica imbuida del perjuicio del Derecho penal. Nada de esto ocurre frecuentemente.

Por consiguiente, me parece que aquella preocupación de índole criminalista que tiene tan presente y que tanto invade el ánimo del ilustre jurisconsulto Sr. Sánchez Román, debe disiparse por las razones que he tenido el honor de exponer.

Otra razón que aducía mi ilustre compañero, es que, contra aquel principio de economía procesal que exige poner la Justicia lo más próxima posible al litigante, conviene sacar del ambiente local estas causas matrimoniales, donde precisamente el envenenamiento de las pasiones puede, a veces, ser elemento de descarrío y que desvíe de los caminos de la Justicia. Y yo le pregunto al Sr. Sánchez Román: ¿Pero es que acaso la capital de la provincia, que no es nunca el pueblo, ni la cabeza de partido, no es garantía suficiente de que se ha desarraigado de aquel ambiente local, cuya influencia perniciosa tanto temía S.S. que gravitase sobre los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento?

También nos preguntaba S.S.: ¿Por qué no habéis pensado entonces en aquellas jurisdicciones intermedias que existen desde el Juzgado municipal hasta la Audiencia territorial? Y yo le respondo, precisamente por esto, porque así aunamos lo que tienen de beneficioso ambos criterios: de un lado, el desarraigar del ambiente local las causas matrimoniales; de otro, sencillamente el poner la Justicia lo más cerca posible del litigante, de modo que les cueste menos dinero y menos trabajo el acudir a ella.

Ha hablado también S.S. de la dotación de los magistra-



dos (la expresión no es absolutamente exacta), de la dotación de las Audiencias, esto es, del número de magistrados que componen las Audiencias provinciales.

En primer lugar, sabe S.S. mejor que yo, porque creo que todo lo sabe S.S. menor que yo, que hay muchas Audiencias, muchísimas Audiencias que no tienen esa dotación de tres magistrados, sino la de cinco, y con cinco magistrados se pueden fallar perfectamente esta clase de causas matrimoniales. En algunas Audiencias llega el número hasta seis (El Sr. Villanueva: En la mayoría hay tres) El argumento no es fundamental, pero voy a suponer que lo sea y que la mayoría de las Audiencias tenga tres magistrados. El aumento de dos magistrados en las Audiencias provinciales, si fuese preciso, no habría de ser obstáculo para que apeteciésemos la Justicia más completa, porque no creo que nos debemos detener en el camino de lograr una justicia adecuada por una cuestión relativa a la dotación de dos magistrados más o menos en las Salas de las Audiencias provinciales.

No hay tampoco aquel temor a las dos técnicas a que S.S. se ha referido, porque las dos técnicas sólo podrían existir con verdadera diferenciación y excluyéndose, cuando aquí hubiésemos llegado al criterio de la especialización a que aludía el principio de mi discurso. Cuando al llegar a determinado grado de la organización judicial se desdoblasen en especialidades las funciones y los funcionarios y tuviésemos magistrados especialistas y constantemente para lo Criminal, formando siempre parte de las Salas de lo Criminal, y magistrados especialistas tan sólo de lo Civil y formando siempre parte de las Salas de lo Civil, tendríamos esa diversidad de técnica a que aludía S.S.; pero hasta ahora esta diversidad no existe en verdad en parte alguna; todavía no hemos llegado a ella. Yo no digo que ese no sea un criterio apetecible, que no sea un ideal al que debemos aspirar, pero sí que todavía está muy lejos de la realidad.

Por otra parte, Sr. Sánchez Román, nosotros no prejuzgamos, como cree S.S., lo que hayan de ser en lo sucesivo los Tribunales de la República, a virtud de la reforma orgánica que tal vez se avecina; pero nosotros tenemos el deber de iniciar aquí, en esta reforma de origen procesal, la exposición de cuál es el criterio de la Comisión y cómo piensa, por qué derroteros han de ir en su organización esos Tribunales, y eso es lo que piensa la Comisión, que hemos de ir a instancia única en el procedimiento y a las Salas de lo Civil en las Audiencias provinciales para lograr la realización de aquellos dos principios de economía y facilidad en el procedimiento, que son verdaderamente el eje de todas las reformas procesales.

¿Qué importa aquella objeción que hacía su señoría de que en este caso siempre habremos prejuzgado que las Salas de lo Criminal tendrían determinadas facultades y las Salas de la Audiencia territorial otras? No; nosotros lo que pretendemos es que la Audiencia territorial, que es una institución arqueológica, que obedece a otras necesidades y a otros principios, a necesidades que ya hoy no sentimos y a principios que hoy no inspiran las reformas procesales, no exista, porque entendemos que es una cosa de Museo la Audiencia territorial. En la vida procesal moderna no hay que mirar a las tradiciones nos vamos a quedar hechos estatuas, como la mujer de Lot, por mucho volver la cabeza atrás; hemos de mirar adelante, a lo que ha de ser la reforma, cuando se trata de democratizar la Justicia.

Por eso respondo a S.S., Sr. Sánchez Román, que lo que ocurrirá en este caso será que todas las Audiencias provinciales tendrá Sala de lo Civil y Sala de lo Criminal, y que al referirnos a la Audiencia Provincial no habremos armado barullo alguno, ni habremos introducido confusión en el procedimiento, sino que habremos dicho sencillamente que las Salas de lo Civil conocerán de estos asuntos de divorcio. Me parece

muy clara la situación de la Comisión y siento no tener la autoridad que corresponde a toda la importancia y trascendencia que merecen los argumentos, siempre eficaces y brillantemente expuestos, de nuestro ilustre colaborador el Sr. Sánchez Román":

Para oponerse igualmente a los argumentos del Sr. Sánchez Román, interviene de nuevo en este debate el Sr. Del Río que, en contra de la opinión de aquél, insiste en su creencia de que en los pleitos de injuiciamiento de conducta, cuanto mayor conocimiento tenga el Tribunal que ha de fallar del ambiente, de las circunstancias, de la vida de los litigantes, mejor realizará su función; a su vez, en contra de la opinión del Sr. Sánchez Román acerca de la incompetencia de las Audiencias Provinciales para conocer de estos pleitos, alega que un Tribunal es de lo Civil o de lo Criminal según la naturaleza de los asuntos que falle, y si hasta hoy las Audiencias Provinciales sólo han sido Tribunales de lo Criminal es porque no se han sometido a su consideración y decisión asuntos de materia civil; y, en cuanto a que los magistrados de las Audiencias Provinciales son, según el Sr. Sánchez Román, jueces especialistas en materia penal, hay que tener en cuenta, dice el Sr. Del Río, que los mismos llegan a la Audiencia Provincial tras varios años de desempeñar su cargo en Juzgados inferiores donde constantemente manejan la técnica civil:

"... Muy brevemente, para tener el para mí alto honor de contestar al Sr. Sánchez Román, aunque no dejo de reconocer la dificultad que tiene para un hombre modesto, como el que os dirige la palabra, discutir con un hombre del talento jurídico del Sr. Sánchez Román. Si no he entendido mal, el argumento fundamental que hacía era que fallar los pleitos de divorcio en las Audiencias provinciales implicaba el fracaso definitivo de la ley, y el razonamiento era el siguiente: "el pleito de divorcio es un pleito de materia exclusivamente civil, y tal como trae la Comisión el dictámen, el pleito

de divorcio, de materia exclusivamente civil, lo vais a someter al conocimiento y al fallo de un Tribunal de lo Criminal". Y yo, con todo el respeto, el cariño y la admiración que tengo para el Sr. Sánchez Román, no me permitiré decir que es sofisticado el argumento, pero sí que no tiene una verdadera realidad lógica, porque si las Audiencias provinciales han sido hasta hoy Tribunales de lo Criminal, es porque no se han sometido a su consideración y fallo más que asuntos criminales; pero desde el momento en que vayan a su conocimiento y decisión asuntos civiles, de materia civil, no llevará razón el Sr. Sánchez Román para calificar de Audiencias provinciales a los Tribunales de lo Criminal; de modo que un Tribunal es de lo Criminal o de lo Civil, según la naturaleza de los asuntos que falle, y si hasta hoy las Audiencias provinciales no han fallado más que asuntos criminales, es por esta razón. Y ya no queda más que la cuestión de la especialidad del magistrado, mejor dicho, de los magistrados que integren las Audiencias provinciales: nos decía el Sr. Sánchez Román que los magistrados de las Audiencias provinciales son jueces especiales en materia penal, y yo le digo a S.S., con el mismo respeto, que creo completamente equivocado el argumento, porque cuando un juez empieza a ser magistrado de una Audiencia provincial, lleva catorce o quince años desempeñando Juzgados de entrada, ascenso y término, manejando y fallando constantemente materia civil y claro es que podrá sufrir un olvido, un abandono de esta especialización de materia cuando esté en una Audiencia provincial despachando únicamente asuntos criminales; pero cuando esta ley esté vigente, ese magistrado, que como juez ha despachado durante tanto tiempo pleitos civiles, resolverá los de divorcio, que son materia civil, y no habrá razón para que se eche de menos su especialización en esa rama del Derecho. Lo mismo que, como decía antes muy bien el Sr. Fernández Clérigo, un magistrado que lleve cuatro o seis años fallando asuntos criminales en una Audiencia provincial, pasa a entender y resolver los de carácter civil a una Audiencia territorial;

pero éste es otro asunto, otro problema de organización de Tribunales que no tenemos por qué tratar ahora.

Para terminar, brevísimamente, me permitirá S.S. que le diga que, aunque respeto, como suya, la opinión de que en los pleitos de conducta no sea conveniente que el juez esté cerca de los litigantes y conozca su vida y el ambiente en que se mueven, yo que respeto, digo, esa opinión, no lo comparto y estimo que un juez recto que tenga conocimiento del ambiente, de las circunstancias, de la vida de los litigantes, lejos de encontrar en ese conocimiento una dificultad o un perjuicio para el desempeño de su función, hallará, por el contrario, la manera de posibilitar su obra de justicia.

Por último, nos decía el Sr. Sánchez Román que habiendo tenido el afán de acercar la Justicia al justiciable, suprimiéndola de las Audiencias territoriales porque está muy lejos de los justiciables, y llevando los pleitos a las Audiencias provinciales, por qué no los aproximamos más y hacemos que los fallen en el juzgado. Por una razón sencillísima, Sr. Sánchez Román: porque entendemos que los asuntos de instancia única no deben fallarse por un Tribunal unipersonal, sino que la garantía fundamental de la instancia única está en la existencia del Tribunal colegiado, y como el Tribunal colegiado más próximo es el de la Audiencia provincial, por eso hemos entendido que a la Audiencia provincial deben someterse estos pleitos":

En turno de rectificación, el Sr. Sánchez Román intenta reforzar los argumentos que ya expusiera anteriormente en pro de la tesis por él mantenida, y señala que el mejor de estos argumentos es, precisamente, el dado por el Sr. Fernández Clérigo al decir que cuanto en su día las Audiencias provinciales tengan Sala de lo Civil entonces las causas matrimoniales estarán vinculadas a esta Sala de lo Civil, y mientras tanto, dice el Sr.

Fernández Clérigo al decir que cuando en su día las Audiencias Provinciales tengan Sala de lo civil entonces las causas matrimoniales estarán vinculadas a esta Sala de lo Civil, y mientras tanto, dice el Sr. Sánchez Román, por empeño de la Comisión, pasamos por el absurdo de someter las causas matrimoniales y de divorcio que son un asunto de naturaleza civil a la competencia de los Tribunales de lo Criminal, lo cual no tiene explicación posible; a su vez, insiste igualmente el Sr. Sánchez Román en su idea de que, cualquiera que sea el origen, la procedencia de los magistrados que integran las Audiencias Provinciales, cuando están actuando varios años en Tribunales de lo Criminal, se convierten en jueces especializados por el ejercicio habitual de un método jurídico especial como es el de la aplicación de la técnica criminalista y si estamos elaborando una ley con el empeño de que no se confundan nunca la definición de delito con la causa de divorcio, es absurdo que sean magistrados de lo Criminal, especializados en la técnica criminalista, a quienes se atribuya el conocimiento de esta clase de pleito:

"... Voy a rectificar muy brevemente a los compañeros que han tenido la bondad de recoger algunas de las razones expuestas por mí; pero debo decir que parte de esas razones han sido expuestas con una tendencia de la que han de hacerse responsables los autos de esa exposición, en cuanto difiere substancialmente del punto de vista en que las coloqué.

Cuando yo decía si las Audiencias de lo provincial tenían tres magistrados o tenían cinco, no hacía de esto argumento de carácter sustantivo, me limitaba a responder a un argumento equivocado de la Comisión, me decía que eran de más rápida substanciación en la Audiencia provincial las causas que allí fueran a conocerse; y yo afirmaba que esto no era así, primero porque la experiencia de su lentitud es incontrovertible como cuestión de hecho, y segundo porque era harto explicable el fenómeno, ya que disponía de mucho menos personal del que tienen en las Audiencias territoriales,

y a consecuencia de esto establecía el argumento, sin tener nunca la pretensión de dirigirlo hacia el camino a que lo dirigía mi particular amigo el Sr. Fernández Clérigo.

Tampoco -y con esto contesto al otro compañero de la Comisión- he pretendido yo que ésta llevase las causas matrimoniales a los jueces o Tribunales municipales. Lo que he dicho es que si ese era criterio válido para resolver pleitos de matrimonio, lo que no me explicaba era que la Comisión no hubiera creado un Tribunal mucho más local, pero también Tribunal colegiado, para fallar estos pleitos, sin que esto fuera invitar a la Comisión a que llevara los pleitos a juicio ante el juez municipal de cada pueblo.

En cambio, quiero dar las gracias más rendidas a los dos compañeros de la Comisión que me han respondido, porque el mejor argumento de todos los que se pudieran emplear en esta discusión, lo han dado ellos a favor de nuestra tesis.

El Sr. Fernández Clérigo ha dicho, en último y definitivo término, lo siguiente: que no nos preocupemos porque aquí se consigne la competencia de las Audiencias provinciales, ya que ha de llegar un día en que estas Audiencias provinciales tengan Sala de lo civil y entonces las causas matrimoniales estarán vinculadas a la Sala y a la competencia de un Tribunal civil. Pues bien, señor Fernández Clérigo, y mientras tanto eso llega, mientras llega esa institución del porvenir, pasemos por el absurdo de que un pleito, un negocio civil, sea fallado por un Tribunal de lo Criminal. Y después de haber estado construyendo una ley con el empeño de que no se confunda nunca la definición de delito con la causa de divorcio, resulta que habremos perdido el tiempo lamentablemente, ya que ahora enviamos el conocimiento de estas causas y la aplicación de esta ley a los Tribunales de lo Criminal, que es justamente el contrasentido que yo descubro en el dictamen de la Comisión.

Notese -y con esto realmente voy a terminar- que la cuestión, que puede parecer interesante a los no versados en estas materias, es enormemente delicada. Hacemos una ley que va a fallar negocios de relación personal y patrimonial en una institución civil como la familia; pues bien, por un empeño de la Comisión, que hasta ahora no ha tenido mejor abono que decir que quiere llevar estas causas a las Audiencias provinciales, esto es, prácticamente, a las pequeñas capitales de provincia, resulta que, en efecto, sometemos la decisión de estos asuntos a un Tribunal de lo Criminal, a sabiendas de que se trata de materia civil.

Me permito llamar la atención de la Cámara sobre cómo está planteada esta discusión, a ver si su simple planteamiento no le dice mucho. Estamos todos conformes, porque la Comisión no lo ha combatido, en que las causas matrimoniales y de divorcio son una asunto de naturaleza civil: en eso estamos todos conformes. La disputa se abre luego en este punto concreto: unos señores, que quieren llevar el asunto civil al conocimiento de los Tribunales de lo Criminal, y otros señores -minoría de la Comisión y no sabemos en la Cámara-, que quieren llevar el conocimiento del pleito de divorcio a los Tribunales de lo Civil.

Pues si todos estábamos de acuerdo en que el asunto era de naturaleza civil, ¿por qué ese empeño en lograr el contrasentido de que conozcan de ese asunto Tribunales que no están por oficio preparados para su solución? Y con esto concreto a una objeción fundamental del Sr. Fernández Clérigo. Me decía el Sr. Fernández Clérigo que también son competentes en materia civil los Tribunales de lo Criminal, si los funcionarios que los constituyen, los magistrados que los integran tienen el mismo origen, la misma procedencia, la misma preparación que los magistrados de lo Civil de las Audiencias territoriales. Pues yo le contesto al Sr. Fernández Clérigo con una cosa que para él no será revelación, porque él, aparte



de sus dotes de jurista culto y doctrinal, tiene en su abono el haber ejercido la profesión judicial, y le digo que lo que capacita a la magistratura es el ejercicio de la función especializada, y cuando está actuando en Tribunales de lo Criminal cinco, seis o siete años, lo que sean, no manejan más que el código penal, la Jurisprudencia penal, las doctrinas de los penalistas, el criterio para definir los delitos, y en ese ejercicio constante, se convierten en jueces de lo Criminal especialistas: ¿por la preparación que hicieron al principio?, ¿por la oposición que practicaron?, ¿por el programa que estudiaron?, de ninguna manera; especializados por el ejercicio habitual de un método jurídico especial, como es el de la aplicación de la ley Penal. En cambio los magistrados mismos que proceden del período de jueces y llegan a las Salas de lo civil, por el ejercicio constante de la experiencia directa sobre pleitos civiles de diferente especialidad, van cobrando esa misma profesión especial que les hace civilistas. Por consiguiente, me parece que es enorme envolver el problema sobre un argumento de composición personal, cuando hay una cosa que se impone por encima de todas, que es esta consideración concreta: cualesquiera que se sean los magistrados que integren un Tribunal u otro, lo que queda en esta ley es que los pleitos civiles de divorcio y todas sus incidencias civiles, van a conocimiento de los Tribunales de lo Criminal; que eso es lo que ponéis en la ley y eso es lo que hará una experiencia inmediata en cuanto la ley se implante. ¿Que en el porvenir las Audiencias provinciales van a tener Salas de lo Civil? Pues bien; cuando las tengan, esas Salas de lo civil atraerán la competencia de los pleitos de divorcio. Diciendo, no como el primitivo dictamen, "audiencias Territoriales" -ya os hemos dado la fórmula-, diciendo simplemente "a los Tribunales civiles" o como ha dicho nuestro compañero de la Comisión "a las Salas de lo Civil de las Audiencias correspondientes", sean hoy las territoriales o sean mañana las "provincias, dondequiera que esas Salas existan. Lo que me parece que no tiene explicación posible

es que un Tribunal de lo Criminal venga a conocer y a fallar en asuntos civiles. Eso es lo que yo, francamente, no consigo entender":

Para hacer suyas las motivaciones expuestas por el Sr. Sánchez Román, en apoyo de que un problema civil sea resuelto por los Tribunales de lo Civil y no por los Tribunales de lo Criminal, cuya técnica puede hallarse en pugna con los motivos de la disolución del vínculo reconocido en esta Ley, interviene en el debate el Sr. Ossorio y Gallardo: Dice el Sr. Ossorio y Gallardo que la ilusión del Sr. Fernández Clérigo de que se creen Salas de lo Civil en las Audiencias Provinciales se desvanece en cuanto que el mismo Sr. Presidente del Consejo de Ministros, a instancia suya, manifiesta que de momento éstas no se crean, con lo cual, si no se lleva el conocimiento de estos pleitos a las Salas de lo civil de las Audiencias Territoriales, irán a las Audiencias Provinciales con lo que sucederá, primero, que se crearán cincuenta fuentes de interpretación de una ley que va a necesitar muchas porque toda ella se ha escrito dejando un amplio margen a la interpretación, siendo ya suficiente con la interpretación que de la misma hagan quince Audiencia Territoriales, segundo, habrá divorciantes que tengan en la única instancia la garantía de cinco magistrados, si su provincia tiene Audiencia Territorial, y otros, que no tendrán la garantía más que de tres, con una mayor garantía para los primeros, y tercero, que el texto del dictamen no dice qué se ha de hacer en las Audiencias Provinciales que forman parte de la Territorial, y se daría el absurdo de que en las propias Audiencias Territoriales, en que hay una o dos Salas de lo Civil, fueran los temas de divorcio a las Salas de lo Criminal, que es la Audiencia Provincial:

"... Mis razones, por ser así mías, en ningún caso tendrían interés, pero mucho menos en la tarde de hoy, porque no cabe -lo digo sinceramente- adicionar nada ni discurrir cosa mejor y más cabal que lo que ha desarrollado nuestro compañero

el Sr. Sánchez Román. Hablo sólo porque creo que este es un tema de responsabilidad, y quien tiene alguna en la vida profesional no debe excusarla en este instante.

Hago más todas las motivaciones que el Sr. Sánchez Román ha expuesto en apoyo de que un problema civil, el más grave, trascendental, complejo y extenso de los problemas civiles, sea resuelto por los Tribunales de lo civil, más o menos especializados en lo civil, pero siempre más que los que por hábito están manejando negocios criminales, cuya técnica, en muchos de los puntos del divorcio que el Sr. Sánchez Román ha expuesto, puede hallarse en pugna con los motivos de la disolución del vínculo que esta ley reconoce.

Quiero oponerme también a una afirmación juvenil de mi amigo y colega el Sr. Fernández Clérigo (El Sr. Fernández Clérigo: ¡Oh! Muchas gracias por la lisonja, pero no la necesito) Digo juvenil porque se ha sumado a una corriente un tanto alegre que abomina de las Audiencias territoriales (El Sr. Fernández Clérigo: Cuestión de temperamento Sr. Osorio) El las ha llamado hoy arqueológicas y las ha relegado al museo, y a mí me parece que en un tema como el presente no debe tratarse con ese desdén a la Audiencia territorial, porque la Audiencia territorial no es un tribunal como otro cualquiera; es un Tribunal, una tradición y una cultura. Por regla general, salvo dos o tres excepciones, al lado de la territorial hay una Universidad y una formación de la juventud jurídica, y hay una biblioteca, y hay una tradición, y un conocimiento de una jurisprudencia local de la familia y del patrimonio que hasta ahora no ha podido estar en el reducido marco de actividades de una Audiencia provincial. ¿Cree el Sr. Fernández Clérigo que la historia de las Audiencias de Zaragoza, de Pamplona, de Valencia, de Granada, no constituye un acervo valiosísimo, que se transmite de unas a otras generaciones de magistrados para el conocimiento de los pleitos familiares del territorio y patrimoniales

del mismo? Pues yo le digo que esto es una realidad, y que saltar por encima de ella para hacer una división jurisdiccional en cincuenta Audiencias, sobre deprimir un poco los motivos de competencia especializada, será crear cincuenta fuentes de interpretación de una ley que va a necesitar mucha, porque toda ella se ha escrito dejando un amplio margen a la interpretación. Ya será bastante quince interpretaciones; cincuenta, será la confusión. Sobre la incompetencia a que el Sr. Sánchez Román aludía, la confusión y una perturbación grave en la aplicación de una ley que necesita mucha claridad, mucha seguridad y mucha firmeza en su desarrollo.

El Sr. Fernández Clérigo había indicado un término transaccional que podría acortar las distancias. El acababa su brillante discurso diciendo: "pues habrá en las Audiencias provinciales Sala de lo Criminal y Sala de lo Civil". Quizá éste sea el camino; pero a la propuesta le falta el "afidavit" del Sr. Presidente del Consejo de Ministros. Es muy sencillo, Sr. Presidente: si su señoría, con una interrupción, con un simple ademán nos indica que está propicio a que en el próximo Presupuesto, que vamos a discutir, se creen las Salas de lo Civil en las Audiencias provinciales, el argumento del Sr. Fernández Clérigo cobra un gran vigor (Rumores). Si las circunstancias no lo permiten, la indicación del Sr. Fernández Clérigo se volatiliza (El Sr. Jaen pronuncia palabras que no se perciben) No es tan sencillo, Sr. Jaen, porque para un aumento de gastos en el Presupuesto se necesita una iniciativa del Gobierno (El Sr. Presidente del consejo de Ministros: En este presupuesto no se crean) Pues, Sr. Fernández Clérigo, la ilusión queda desvanecida (El Sr. Fernández Clérigo: ¡Si ya están, señor Ossorio) La ilusión queda desvanecida y nos encontramos en la alternativa propuesta por el Sr. Sánchez Román. Como no hay más Salas civiles que las Salas Civiles de las Audiencias territoriales, si no se llevan a ellas los pleitos de divorcio, irán a los Tribunales de lo Criminal, exclusivamente de lo Criminal, estrictamente

de lo Criminal, por ahora y sabe Dios por cuánto tiempo (Un Sr. Diputado: A las Audiencias provinciales. Los pleitos contenciosos no son criminales).

Y aun quedan dos detalles en la nebulosa. en las Audiencias donde no hay más que tres magistrados, ¿fallarán los pleitos de divorcio tres magistrados? Porque, entonces, habrá divorciantes de dos categorías en España: unos, que tendrán en la única instancia la garantía de cinco magistrados, si su provincia tiene Audiencia territorial, y otros, que no tendrán la garantía más que de tres, si en su provincia no hay más que tres. La resolución de las discordias que exigen más personal constituye un nuevo argumento en mi abono.

Y, además, queda la obscuridad con que el texto dice que vayan siempre otros pleitos a las Audiencias provinciales (El Sr. Presidente del Consejo de Ministros: ¿Quiere S.S. sacarme de una duda de profano?) ¡Si yo pudiera! (El Sr. Presidente del Consejo de Ministros: La garantía de acierto de un Tribunal, ¿crece con el número de magistrados?) ¡Ya lo creo! Y, sobre todo, en única instancia (El Sr. Presidente del Consejo de Ministros: Lo pregunto, porque no lo sabía) ¿Pues cómo no? ¿No ha oído S.S. nunca el aforismo de que mas ven cuatro ojos que dos? Pues en eso está el fundamento del Tribunal Colegiado; y no es caprichoso, Sr. Azaña (demasiado lo sabe S.S.; únicamente pregunta estas cosas por ganas de festejar); demasiado sabe S.S. que no es caprichoso que las Salas del Tribunal Supremo tengan siete magistrados; y cuando la Dictadura, entre una de sus infinitas tropelías, dejó reducidas, las Salas del Tribunal Supremo a cinco magistrados, la administración de Justicia experimentó quebranto notable y visible y ha habido que volver a las Salas de siete. Y no es, por consiguiente, caprichoso que sean Salas de cinco o Salas de tres. Las de cinco ofrecen mayor garantía; pero, en todo caso, si fueran de tres las de todos los españoles habría una razón de congruencia; lo malo es que va a haber

unos españoles con cinco magistrados para sus divorcios y otros con tres.

Iba diciendo que, además, en el texto del dictamen queda obscuro lo que se ha de hacer en las Audiencias provinciales que forman parte de la territorial, porque tal como esto viene propuesto se daría el absurdo que en las propias audiencias territoriales, en que hay una o dos Salas civiles, fueran los temas de divorcio a las Salas de lo Criminal, que es la Audiencia provincial (Un Sr. Diputado: Pues se dará el absurdo según la teoría de la Comisión).

Creo, por consiguiente, dejando un poco a un lado intereses respetables, pero subalternos, que debemos fijarnos en cómo se ha de implantar esta ley; y de nada servirá que la ley sea prudente, como lo es, atinada, eficaz, con escasísimos lunares, si en su aplicación no nos esforzamos para buscar la herramienta que tenga igual suficiencia para una ejecución beneficiosa para todos los españoles (Muy bien)":

Contestando a los Sres. Sánchez Román y Gallardo, el Sr. Fernández Clérigo precisa cómo deben distinguirse las Audiencias Provinciales de los Tribunales de lo Criminal, porque aquéllas no son exactamente Tribunales de lo Criminal, y ello lo demuestra el hecho de que las audiencias Provinciales conocen de asuntos contenciosos-administrativos, sin que por ello confundan la técnica contencioso-administrativa con la técnica penal, insistiendo igualmente en el tema de la falta de especialización técnica de nuestra organización judicial, con lo que carece de valor el prejuicio técnico hacia las Audiencias Provinciales:

"... Voy a ver si recojo brevísimamente, para terminar, porque creo que es momento de culminar este debate, los argumentos de SS.SS. Parte el Sr. Sánchez Román, a mi juicio, de un error fundamental: confundir las Audiencias provinciales con los Tribunales de lo Criminal: no es exactamente lo mismo;

no es un Tribunal de lo Criminal, y que no es un Tribunal de lo Criminal se lo demuestra un hecho y un argumento que hasta ahora está incontestado, tanto por parte del Sr. Ossorio y Gallardo como por parte del Sr. Sánchez Román, con ser tantas y tan esclarecidas las luces que ellos tienen para este debate, como para todos.

Los Tribunales que llaman SS.SS. de lo Criminal, y que yo llamo Audiencias provinciales, conocen también de asuntos contenciosos-administrativos (El Sr. Sánchez Román: Es otro Tribunal distinto el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.- El Sr. Ossorio y Gallardo: Es distinto.- El Sr. Baeza Medina: Son tres magistrados de la Audiencia) Perdonen SS.SS.; pero, ¿son los mismos magistrados o no? ¿Confunden por ventura, estos Tribunales la técnica contencioso-Administrativa con la técnica penal? ¿Hay veces en que la técnica penal invade indebidamente el campo de aplicación del Derecho en materia contencioso-administrativa? Saben SS.SS. perfectamente que no. Y con esto fracasa substantivamente el argumento que esgrimían SS.SS. (El Sr. Sánchez Román: No es lo mismo el Tribunal de lo Criminal que el contencioso-administrativo: no lo es) Además, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y cuestiones también íntimamente enlazadas con la materia criminal y substantivamente civiles o que deciden los Tribunales de lo Criminal, ¿no están atribuidas a la competencia de las Audiencias provinciales y conocen de ellas, y, sin embargo, la técnica criminal no invade ni perturba la aplicación de lo civil en estos casos?

Pero es que plantean SS.SS. la cuestión desde un punto de vista de cómo está organizada la Justicia en España: si aquí tuviésemos jueces de lo Civil y jueces de lo Criminal, constantemente encauzados a una función los unos, y los otros dedicados a la otra, tendría mucha razón, y sería de valor el argumento de SS.SS.; pero si aquí tenemos jueces que tienen una preocupación común para todas las ramas del Derecho que tengan que aplicar, esa especialización técnica, ese prejuicio

técnico con que se creen S.S.SS. que habrían de proceder las Audiencias provinciales está absolutamente descartado.

Y en cuanto a la dotación, voy a insistir en un tema, porque con mucha gracia, con aquella ironía que es peculiar del fino ingenio del Sr. Ossorio y Gallardo, se ha planteado aquí el tema sobre un terreno absolutamente falso: ¿es que por ventura en las Salas de lo Civil no se dictan sentencias con tres magistrados? ¿Es que cuando forman Sala cuatro o cinco magistrados los ciudadanos cuyos pleitos se han ventilado y decidido ante tres, son de peor categoría, de peor condición que aquellos cuyos pleitos resolvieron cinco? (El Sr. Ossorio y Gallardo: Pero con tres votos conformes; ahí está la diferencia) Pero aun cuando sea con tres votos conformes, y recogiendo el último argumento de las discordias a que ya, rebuscando en todos los recovecos de la ley de Enjuiciamiento civil, quería asirse S.S., eso está previsto también, y S.S. sabe mejor que yo que no es la primera vez que para dirimir discordias van los magistrados de otras Audiencias a fallar los pleitos.

En cuanto a los argumentos históricos, señor Ossorio y Gallardo, los conozco, porque no es la primera vez que nosotros hemos debatido esta cuestión en el seno de la Comisión Jurídica Asesora. Perdóneme S.S.; eso que con frase lisonjera calificaba de "alegrías juveniles", yo decía que eran cuestiones temperamentales, porque yo, por temperamento, voy siempre mirando hacia adelante; soy de los que despliegan la bandera de la democratización de la Justicia, y esto no lo hago con alegría juvenil, sino con una conciencia alegre, porque mi conciencia está siempre alegre cuando cumple con su deber, como creo que está siempre alegre la de S.S. (El Sr. Ossorio y Gallardo: Es que yo soy un terrible reaccionario hay que dejarme ese margen) Pero ese punto de vista tradicional significa muy poco: a mí me importa relativamente poco la existencia de la Universidad, el nombre de la antigua Chancillería; todos aquellos Centros que se crearon cuando



España era otra distinta de la que hoy pensamos hacer, porque hoy, Sr. Ossorio, nos interesa más una justicia rápida, una justicia eficaz, una justicia barata, que el respeto a todos esos elementos de Museo -no me arrepiento de la frase- que tanto respeta S.S. (El Sr. Ossorio y Gallardo: Lo que interesa más es una justicia buena)":

Cierra esta discusión el Sr. Villanueva que rectifica al Sr. Fernández Clérigo en el sentido de no ser exacto que los Tribunales de lo Criminal entiendan en lo contencioso-administrativo, pues de esta materia conocen los Tribunales provinciales de lo Contencioso-Administrativo, que se componen de tres magistrados y dos letrados pertenecientes a la carrera administrativa (763); igualmente señala el Sr. Villanueva la contradicción que supone el que para las sentencias de apelación en los juicios de menor cuantía las Salas de las Audiencias territoriales se tengan que constituir necesariamente con cinco magistrados, mientras que los juicios de divorcio se van a ventilar ante las Audiencias Provinciales, compuestas por lo común con tres magistrados (764):

"... Para rectificar al Sr. Fernández Clérigo. No es exacto que los Tribunales de lo Criminal entiendan en lo Contencioso-Administrativo; de lo contencioso-administrativo conocen unos Tribunales especiales que llaman Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo, que se componen de tres magistrados y de dos letrados pertenecientes a la carrera administrativa.

Pero yo quiero plantear a la Comisión lo siguiente. En todas las Audiencias provinciales, o en la mayoría de ellas (se puede calcular que en un 80% de los casos), existen única y exclusivamente tres magistrados. El ministro socialista D. Fernando de los Ríos, siendo Ministro de Justicia, dictó un decreto, que han convalidado las Cortes, disponiendo que en todos los pleitos de menor cuantía tendrían necesariamente que intervenir, por lo menos, cinco magistrados. Esto

es de D. Fernando de los Ríos, Ministro socialista; decreto que hizo suyo el Gobierno y que las Cortes han ratificado. Y es para todos, absolutamente para todos los juicios de menor cuantía, e incluso en estos juicios de menor cuantía haber recurso de casación, si el Ministerio fiscal lo interpusiera.

Pues bien, ahora pregunto yo: Si en los juicios de menor cuantía, que son aquellos que no exceden de 20.000 pesetas, es necesario la intervención de cinco magistrados, puesto que el actual gobierno así lo ha dispuesto, ¿como los juicios de divorcio, en los que la cuantía puede exceder de 20.000, 30.000, 40.000, 80.000 y hasta un millón de pesetas (puesto que se ventilan, no solamente las causas del divorcio, sino también todas las incidencias y hasta la disolución de la sociedad conyugal) se van a ventilar ante el Tribunal de lo Criminal, compuesto de tres magistrados? Eso es dar un mentís a lo que el gobierno ha dicho y las Cortes han convalidado. Son necesarios cinco magistrados, y como la Audiencias de lo Criminal, en la mayoría de ellas, en el 80%, hay única y exclusivamente tres magistrados, se ve la contradicción evidente que existe entre lo uno y lo otro. Se puede añadir: es que en los juicios de menor cuantía no se dan los recursos de casación. No es verdad; en los juicios de menor cuantía, incluso el Ministerio fiscal puede interponer recurso de casación; en los pleitos de divorcio no procede el recurso de casación; según el dictámen, únicamente procede el de revisión por injusticia notoria. Por tanto, se encuentra en peores condiciones y en contradicción con lo que el gobierno ha dispuesto y estas Cortes han ratificado. Nada más":

Si bien fué desechado por la Cámara en votación ordinaria el voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez por 73 votos contra 35, considerándose igualmente desechado el del Sr. Pita Romero (765), la discusión habida dentro de las Cortes constituyentes sobre la intervención de la Sala de lo civil de las Audiencias territoriales o de las Audiencias provinciales

en el conocimiento y fallo de las causas de separación y de divorcio, que se zanjó finalmente encomendando el conocimiento y fallo en primera y única instancia de las mismas a las Audiencias provinciales, trascendió una vez publicada ya la Ley de Divorcio, dando lugar a la aparición de varias disposiciones ministeriales que trataron de resolver algunas de las cuestiones suscitadas en la discusión parlamentaria, y así:

Una Orden Ministerial de 20 de julio de 1932 resolvió con carácter general "que cuando corresponda conocer de los pleitos de divorcio y de separación a las audiencias que actualmente tienen el carácter de territoriales, sean las Salas de lo civil de estas y no las Salas de lo Criminal de las mismas, llamadas Audiencias provinciales, las que conozcan de los referidos asuntos" (766):

Finalmente, un Decreto de 4 de Marzo de 1933 resolvió, a su vez, que "en las Audiencias Territoriales conocerán en los pleitos de divorcio todas las Salas y Secciones de las mismas e incluso las de la Audiencia provincial que funcione dentro de la territorial respectiva, verificándose el reparto en la forma que determine la respectiva Sala de gobierno" (767):

De esta manera se repartieron en las poblaciones en donde existen Audiencias de ambas clases las causas de separación y de divorcio entre ambas Audiencias, las Salas de lo Civil y las Audiencias Provinciales, y, por tanto, entre magistrados de diferentes competencias, jurisdicción y preparación, lo que dió lugar a críticas de distintos comentarios ante la realidad, magistralmente expresada ya por el Sr. Ossorio y Gallardo en la discusión parlamentaria, de que los distintos hábitos contraídos en cada jurisdicción y la práctica continua de juzgar con arreglo a las pruebas de orden civil o de índole penal fueran motivos de disparidad de criterios en las sentencias emanadas de tan diversas Salas, compuestas de tan distinto personal y de tan diferente preparación, en una Ley como la de Divorcio en que, como ya se ha reseñado, se deja en toda ella un amplio

margen a la interpretación del juzgador (768).

b) Tramitación del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa ante el Tribunal de Instancia:

Dispone el artículo 55 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932:

"Cumplido el trámite del artículo anterior, se remitirán los autos a la Audiencia provincial, con emplazamiento de las partes, por término de diez días.

Recibidos los autos en la Audiencia y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se pondrán de manifiesto las actuaciones para instrucción, por término de cinco días improrrogables, a cada una de las personadas, y se pasarán por igual término para instrucción, al Magistrado ponente.

Transcurrido este plazo, se dictará providencia, declarando concluso el pleito, con citación de las partes para sentencia y se señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes.

El día anterior al señalado para la celebración de la vista se entregará a cada uno de los Magistrados que hayan de formar la Sala una copia del informe hecho por el Juez, con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior" (769):

Como señalara ya el Sr. Fernández Clérigo en su intervención en defensa del voto particular por él suscrito al artículo 50 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, no debe confundirse la fase de tramitación del procedimiento de separación o de divorcio por causa justa ante la Audiencia con el caso de apelación de sentencia definitiva dictada en el juicio de menor cuantía, pues, como se sabe, la Ley especial de Divorcio se pronuncia

por el régimen de instancia única como norma a seguir en las causas de separación y de divorcio, fijando dos fases distintas en el procedimiento de instancia única en que la misma se basa, la fase de instrucción ante los jueces de Primera Instancia, y la fase de resolución en primera y única instancia ante la Audiencia provincial respectiva, salvo en las capitales en que residen las Audiencias Territoriales en que, conforme al artículo 2º del Decreto de 4 de Marzo de 1933, conocerán de estas causas tanto las Salas de lo Civil como las Audiencias Provinciales:

Cumplidos los trámites del artículo 54 de la Ley de Divorcio, se inicia esta segunda fase del procedimiento con la remisión de los autos al Tribunal colegiado a quien viene atribuida la competencia objetiva por razón de la materia para conocer y fallar en primera y única instancia esta clase de pleitos, con emplazamiento de las partes, por término de diez días, para comparecer y personarse ante el mismo. Recibidos los autos en la Audiencia, y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se pondrán de manifiesto las actuaciones para instrucción, por término de cinco días improrrogables, a cada una de las personas, y se pasarán por igual término para instrucción al magistrado ponente: Las partes litigantes tienen, pues, el derecho de comparecer y personarse en la Audiencia durante el término del emplazamiento, pero transcurrido el mismo, háyanse o no personado las partes ante la Audiencia, el pleito, salvo desistimiento de la parte actora, sigue adelante, aunque sin la intervención en su tramitación respecto de las partes no personadas hasta tanto no soliciten su personación (770), de ahí que sólo se pongan de manifiesto las actuaciones para instrucción respecto de las partes personadas en tiempo y forma, y ello por término de cinco días improrrogables, pasándose después por igual término para instrucción al magistrado ponente. Una vez evacuado este trámite, se dictará providencia, declarando concluso el pleito, con citación de las partes para sentencia, y se señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes, entregándose el día anterior al señalado

para la celebración de la vista a cada uno de los magistrados que hayan de formar la Sala una copia del informe hecho por el Juez: La providencia en que se declara concluso el pleito debe contener, pues, la citación de las partes para sentencia y el señalamiento para la vista, cuya omisión, según doctrina del Tribunal Supremo, constituye una manifiesta violación de las formalidades esenciales del juicio capaz de producir indefensión (771).

La vista se celebrará el día señalado (772) y, según dispone el artículo 56 de la Ley de Divorcio: "Los Jueces y Tribunales podrán disponer de oficio o a instancia de parte que el despacho y la vista se hagan a puerta cerrada, cuando así lo exijan la moral y el decoro, la naturaleza de la causa de separación o divorcio" (773).

Un extremo que fue ya objeto de debate en la discusión habida en las Cortes Constituyentes es el relativo a la forma de constituirse las Salas de Instancia para el despacho y fallo de las causas de separación y de divorcio: Es evidente la falta de aplicación del Decreto-Ley de 2 de Mayo de 1931 (774) a esta clase de pleitos, pues si en el mismo se eleva el límite máximo para los juicios de menor cuantía hasta 20.000 pesetas, exigiéndose para las sentencias de apelación que las Salas de las Audiencias Territoriales se constituyeran necesariamente con cinco magistrados, conforme al artículo 46 de la Ley especial de Divorcio, al señalar que las demandas de separación y de divorcio se sustancien por los trámites procesales que fija la Ley de Enjuiciamiento civil para aquellos juicios de menor cuantía, añadió, "salvo las modificaciones que establezca esta Ley", entre las que se destacan la instauración de la única instancia, suprimiendo, por tanto, la apelación, y la competencia para conocer de esta clase de juicios de las Audiencias Provinciales (775): Pero como ya hemos señalado, se resolvió por una Orden de 20 de Julio de 1932 que cuando correspondiera conocer de los pleitos de divorcio y de separación a las Audiencias Territoriales fueran las Salas de lo Civil de éstas y no las Salas

de lo Criminal o Audiencias Provinciales las que conocieran de los referidos asuntos, y por Decreto posterior de 4 de Marzo de 1933 se determinó encomendar el conocimiento de estas causas cuando correspondiera conocer de las mismas a las Audiencias Territoriales a todas las Salas y Secciones de las mismas, incluso a las de la Audiencia Provincial que funcione dentro de la Territorial respectiva, y como ello hubiera originado dudas sobre la manera de conocer en esta clase de pleitos en extremo tan importante como el relativo a la forma de constituir los Tribunales que han de intervenir en su conocimiento y fallo, se dispuso en el artículo primero de este Decreto que "para el despacho y fallo de los pleitos de divorcio y de sus incidencias se constituirán las Salas en la forma establecida por el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (776), esto es, con tres magistrados por lo menos, en las Audiencias, y cinco en el Tribunal Supremo, sin que puedan exceder de cinco en aquéllas ni de siete en éste (777).

Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, notificadas debidamente las partes para el acto de la vista ante la Audiencia, el hecho de la asistencia o no de sus respectivas direcciones letradas al mismo no puede en modo alguno constituir una violación de las formalidades esenciales del juicio que haya producido indefensión para nadie, pues la diligencia de vista no es formalidad esencial del juicio, y por ello su falta no la incluye la Ley de Enjuiciamiento civil entre los motivos de casación por quebrantamiento de las formalidades esenciales del mismo, ni produce indefensión, ni para la validez del acto es necesaria ni obligatoria la asistencia de letrado, aparte de que siguiéndose esta clase de pleitos por los trámites del juicio de menor cuantía, salvo las modificaciones que establece la misma Ley de Divorcio, ha de tener aplicaciones a los mismos lo dispuesto en los artículos 701 y 710 de la Ley Procesal civil, que declaran potestativa la asistencia de las partes o de sus abogados al acto de la comparecencia y vista respectivamente, criterio que impera incluso para los juicios de mayor cuantía, según se consigna en el párrafo segundo del artículo

677 y 873 en relación con el 330 de la misma Ley, siendo de libre apreciación de la Sala sentenciadora, conforme al número sexto del artículo 323 de la citada Ley Procesal, el acordar o no la suspensión de la vista cuando se solicite ésta por enfermedad del letrado (778).

c) Esfera de acción en que han de moverse y actuar las Audiencias al resolver la instancia:

Atendidos los términos de la Ley de 2 de Marzo de 1932, no es dable confundir las facultades privativas del Juez que tramita la demanda de divorcio o separación, con las atribuidas a las Audiencias, hallándose perfectamente delimitada la esfera de acción en que han de moverse y actuar las Audiencias al resolver la instancia, estándoles atribuidas, conforme a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, el solo conocimiento de la petición principal de divorcio o separación y la declaración cuando proceda de la culpabilidad del cónyuge que hubiere dado causa para ello, o de los dos, en su caso, que son los únicos extremos sobre los que, como se ha de ver, concreta y limitadamente ha de versar el recurso de revisión por las causas taxativamente marcadas en el artículo 57 de la Ley de Divorcio (779):

Señalados de modo limitativo los dos extremos a que tan solo se contrae la motividad procesal de las Audiencias, cuales son el conocimiento de la cuestión fundamental a discutir y resolver en el pleito, o sea, la procedencia o improcedencia del divorcio o la separación, y la culpabilidad o inculpabilidad de uno o de ambos cónyuges, si bien no es atribución del Tribunal sentenciador resolver acerca de esos particulares reservados a la decisión del Juez en las piezas separadas correspondientes (780), conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Supremo los pronunciamientos que sobre estos particulares se consignan en los fallos de instancia no revisten carácter definitivo, sino meramente provisional y transitorio, ya que no debieron



adoptarse, quedando subordinados a lo que en definitiva y con jurisdicción propia acuerde el Juez en cada caso (781).

Estándoles atribuidas a las Audiencias, al resolver la instancia, el solo conocimiento de la petición principal de divorcio o separación y la declaración cuando proceda de la culpabilidad del cónyuge que hubiere dado causa para ello, o de los dos, en su caso, a ambos extremos a que tan sólo se contrae su motividad procesal debe referirse el principio enjuiciario, que es garantía del derecho de ambas partes, de congruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito (782), y el respeto a este principio de congruencia, exigido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no permite, como ya se ha visto en el estudio de las distintas causas de divorcio y de separación, se tomen en consideración otros motivos de ruptura o suspensión de la unión matrimonial que aquéllos que claramente se hubieran deducido oportunamente, o sea, al trabarse la litis, la cual no puede ampliarse a más cuestiones que las discutidas de aquel trámite (783).

---

(757) Disponía el artículo 53 del proyecto de ley de divorcio:

"Cumplido el trámite del artículo anterior, quedarán los autos de manifiesto por el término de cinco días, transcurrido el cual, se remitirán a la Sala de lo Civil de la Audiencia respectiva para la vista del pleito, previa instrucción de las partes y del ponente".

A su vez, el artículo 50 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio disponía:

"Cumplido el trámite del artículo anterior, quedarán los autos de manifiesto por el término de cinco días, transcurrido el cual, se remitirán a la Audiencia provincial respectiva para la vista del pleito, previa instrucción de las partes y del ponente".

La redacción definitiva de este artículo 50 del dictamen -artículo 55 de la Ley de Divorcio- tiene su origen en un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al mismo, que será objeto de estudio mas adelante.

(758) Cfr. NOTA de la tesis.

(759) Conforme al voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio), en el artículo 50 del dictamen se sustituirán las palabras "Audiencia Provincial" por "Sala de lo Civil de la Audiencia respectiva" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106); a su vez, el Sr. Pita Romero proponía el voto particular por él suscrito que el citado artículo 50 del dictamen "deberá quedar redactado en igual forma que lo está el artículo 53 del proyecto del Gobierno, o sea substituyendo las palabras "Audiencia provincial" por "Sala de lo Civil de la Audiencia" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 6º al NUM. 117):

Leídos ambos votos particulares en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, tras una serie de argumentos en pro y en contra sobre la intervención de las Salas de lo Civil de las Audiencias territoriales o de las Audiencias Provinciales en el conocimiento y fallo

de las causas de separación y de divorcio, ambos votos particulares fueron rechazados por la Cámara (Cfr. diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3957-3968).

(760) Cfr. artículos 1º y 4º de la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de Octubre de 1882 -"Gaceta", 15-. Por Real Decreto en 16 de Julio de 1892 -"Gaceta", 20-, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de 30 de Junio de 1892 -"Gaceta", 1 de Julio-, se suprimieron todas las Audiencias de lo criminal que no se hallaren establecidas en capitales de provincia, recibiendo las subsistentes la denominación de "Audiencias Provinciales" -igual denominación pasan a recibir las Salas de lo Criminal de las Audiencias Territoriales-.

Por Decreto de 21 de Octubre de 1912 -"Gaceta", 22-, se creó en la provincia de Canarias una Audiencia Provincial, con capitalidad en Santa Cruz de Tenerife, con iguales atribuciones y competencias que las que las leyes vigentes atribuyen a las establecidas en las demás capitales de provincia. El Decreto de 21 de Septiembre de 1927 -"Gaceta", 23-, en su artículo 6º, otorgó competencia a la Audiencia Provincial de Tenerife para conocer de los asuntos civiles en iguales términos y con idénticas atribuciones que las que confieren las leyes a las Salas de lo civil de Audiencia Territorial, limitándose en jurisdicción al territorio de la referida provincia, siendo dictadas las normas para la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife por Decreto de 1 de Octubre de 1927 -"Gaceta", 2-.

(761) Cfr. artículo 275 de la Ley Provisional sobre organizaciones del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870.

(762) Los artículos 54 del proyecto de ley de Divorcio y 51 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio disponía:

"Las vistas de los pleitos e incidentes de la separación y del divorcio gozarán de la excepción a que se refiere el segundo párrafo del artículo 321 de la ley de Enjuiciamiento civil":

Como se verá más adelante, este artículo 51 del dictamen quedó suprimido como consecuencia de la aceptación por la Comisión de una enmienda del Sr. Fernández Clérigo al artículo 50 del dictamen.

Cfr. artículo 321 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(763) La ley de 13 de Septiembre de 1888, de Santamaría de Paredes, reformada en 22 de Junio de 1894, con la que se inicia la etapa actual de la historia de lo contencioso-administrativo en España, procurando la armonización de los criterios hasta entonces enfrentados, los partidarios del sistema administrativo y los del sistema jurisdiccional, implanta un sistema mixto de órganos: El Consejo de Estado, constituido en Sala de Justicia, como órgano central, y los Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo, mixtos en su composición, a base de magistrados procedentes de las Audiencias y de funcionarios de la administración provincial. Por la Ley Maura-Silvela de 5 de Abril de 1904, se priva al Consejo de Estado de su competencia contencioso-administrativa y la traspaşa íntegramente al Tribunal Supremo, creándose por Decreto de 8 de Mayo de 1904 -"Gaceta", 10- la nueva Sala de lo contencioso-Administrativo en el Tribunal Supremo, alcanzándose definitivamente en ese momento la judicialización de los órganos de lo contencioso-administrativo en España, (Cfr. "Apuntes de Derecho Administrativo" 1º, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, cátedra del profesor García de Enterría, Tomo I, p. 273 ss., Madrid-1976-1977):

Aun cuando los magistrados de las Audiencias Provinciales formarán parte de estos Tribunales provinciales de lo Contencioso-Administrativo, no podían confundirse ambos órganos, pues en éstos formaban también parte funcionarios de la administración provincial.

(764) Disponía el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su redacción originaria: "se deducirán en juicio de menor cuantía las demandas ordinarias cuyo interés pase de 250 pesetas y no exceda de 1.500". Sobre la primitiva redacción, el límite mínimo de 250 pesetas fue elevado a 500 pesetas por Ley de 5 de Agosto de 1907 y a 1.000 pesetas por Real Decreto-Ley de 12 de Febrero de 1924; en cuanto al límite máximo, fue elevado a 3.000 pesetas por Ley de 18 de Mayo de 1888 y a 20.000 pesetas por Decreto Ley de 2 de Mayo de 1931. Este Decreto-Ley decía en su art. 2º: "Para las sentencias de apelación en los juicios de menor cuantía

las Salas de las audiencias territoriales se constituirán necesariamente con cinco magistrados, salvo el mayor número que corresponda en caso de discordia":

Posteriormente, el art. 1º de la Ley de 7 de Julio de 1934 dispuso:

"Las apelaciones de los juicios de menor cuantía ante las Audiencias Territoriales podrán resolverse constituyéndose la Sala con tres magistrados, salvo que, expresamente el Presidente de la misma acordare verificarlo con mayor número, hasta cinco" (Cfr. Nuevo diccionario de Legislación, ed. Aranzadi, Tomo II, Nº 2378, Pamplona, 1975).

(765) Cfr. NOTA 759 de la Tesis.

(766) Orden del Ministerio de Justicia de 20 de Julio de 1932 -Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 943-.

(767) Decreto del Ministerio de Justicia de 4 de Marzo de 1933 -"Gaceta", 7-: Disponía:

Las particularidades de orden procesal que la Ley de 2 de marzo de 1932 presenta, ha originado algunas dudas sobre la manera de conocer en los pleitos de divorcio, y aunque en la práctica se van venciendo estas pequeñas dificultades con la simple invocación de los usos corrientes en el foro conviene fijar de un modo oficial y auténtico un extremo tan importante como el relativo a la forma de constituir los Tribunales que han de intervenir en el fallo de aquéllos.

Con tal objeto y atendida la íntima relación de la materia litigiosa con el procedimiento civil.

A propuesta del Ministerio de Justicia y de acuerdo con el Consejo de Ministros,

Vengo a decretar lo siguiente:

Artículo 1º: Para el despacho y fallo de los pleitos de divorcio y de sus incidencias se constituirán las Salas en la forma establecida por el artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 2º: En las Audiencias territoriales conocerán en los pleitos de divorcio todas las Salas y Secciones de las mismas, e incluso las de la Audiencia provincial que funcione dentro de la territorial respectiva, Sala de gobierno.

Artículo 3º: Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en este Decreto.

(768) Puede verse, en este sentido, el prólogo de Juan Bta. Guerra a la obra publicitaria por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: "La Ley de Divorcio. Interpretada por el Tribunal Supremo".

(769) La redacción definitiva de este artículo 55 de la Ley de Divorcio (artículo 53 del proyecto de ley de divorcio y 50 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio -Cfr. NOTA 757 de la tesis-) tuvo su origen en un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 50 del dictamen en que proponía la siguiente redacción del mismo:

"Recibidos los autos en la Audiencias y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se procederá por el secretario a formar, en el plazo improrrogable de diez días, un extracto de los hechos, alegaciones y pruebas. Formado el extracto, se pondrá de manifiesto con los autos, por cinco días, también improrrogables, a cada una de las partes instrucción, y por otro término igual se pasarán al ponente. Instruido éste se dictará providencia declarando concluso el pleito, con citación de las partes para sentencia y señalando día para la vista dentro de los ocho días siguientes. El día anterior al señalado para la celebración de la vista se entregará a cada uno de los magistrados que hayan de componer la Sala una copia del extracto formado por el secretario" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108):

Rechazado por la Cámara un voto particular que el Sr. Fernández Clérigo tenía presentado al artículo 49 del dictamen cuya finalidad era sustituir el informe del Juez por una especie de apuntamiento del que trata en este voto particular formulado al artículo 50 del dictamen -cfr. NOTA 753 de la tesis-, aquél, intentando salvar la dificultad que suponía para la admisión de este nuevo voto particular su conexión con el ya rechazado por la Cámara, de una nueva redacción al mismo cuya única finalidad, señala, es trazar con claridad la tramitación que el pleito debía seguir ante el Tribunal de Instancia:

"... Para defender el voto particular que he presentado al artículo 50. Parecía al modesto Diputado que tiene el honor de dirigirse a la Cámara que en este artículo se dejaba muy confusa toda la tramitación que había de tener el pleito ante la Audiencia. No cabrá aquí hacer referencia a las apelaciones de los juicios de menor cuantía, porque, en verdad, no nos hallamos en un caso de apelación de juicio de menor cuantía, sino que existe una única instancia, y por eso he querido llenar lo que, a mi juicio, era una laguna que existía en el dictamen de la Comisión. Creía yo que era indispensable hacer un emplazamiento porque el que tiene su representación, bien sea personal, bien sea delegada, ante el Juzgado, tiene el derecho de comparecer y personarse en la Audiencia y el término del emplazamiento es interesante para que sepan las partes que hasta que transcurra determinado tiempo no ha de seguir el pleito sin su intervención en la Audiencia. Por esto, he partido del principio de hacer un emplazamiento.

Me parecía, después, interesante que, por no tratarse de una verdadera apelación, pudiera seguir el pleito adelante aunque no se personase el demandante en la Audiencia bastando para esto con que no desistiese del pleito. Y si marcamos el plazo por el cual se habrán de instruir las partes y el ponente, plazo que yo marqué en cinco días, con manifestación de los autos en la Audiencia a las partes, sin entrega de los mismo, pasándose después por un término igual al ponente, y una vez evacuado este trámite, traer el pleito a vista con citación de las partes para sentencia, cosa que también es preciso hacer, porque la citación para sentencia es fundamental en nuestro procedimiento: es decir, que dentro de los ocho días siguientes se señale la vista y para la vista se entregue a cada uno de los magistrados, no ya aquel apuntamiento a que me refería, sino el informe del juez, que es lo único que puede entregarse a cada uno de los magistrados y que puede ser interesante para la discusión del pleito.

Sobre estas bases he formulado el voto particular. Claro que me refería anteriormente al apuntamiento que yo propugnaba en el voto anterior; pero para limar las dificultades y ponerle de acuerdo en lo posible con la Comisión y procurar que éste sea admisible voy a leer la nueva redacción que doy al voto particular por si la Comisión, como me parece, está conforme con él y quiere convertirlo en dictamen. Dirá así lo que yo he ideado y someto a la decisión de la Cámara:

"Cumplidos los trámites del artículo anterior, se remitirán los autos a la Audiencia provincial, con emplazamiento de las partes por término de diez días. Recibidos los autos en la Audiencia y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se pondrán de manifiesto las actuaciones para instrucción, por término de cinco días improrrogables, a cada una de las partes. Se pasarán por igual término para instrucción del magistrado ponente. Transcurridos estos plazos se dictará providencia declarando concluso el pleito, con citación de las partes para sentencia, y se señalará el día para la vista dentro, de los ocho siguientes. El día anterior al señalado para la celebración de la vista se entregará a cada uno de los magistrados que hayan de formar la Sala, una copia del informe hecho por el juez, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49".

Este es el procedimiento que me parece indispensable para trazar una norma y evitar aquella confusión que daría lugar la falta de preceptos en las Audiencias provinciales, porque no sabrían cuáles eran los términos de instrucción, cuándo se había de señalar la vista ni si se habría de hacer o no una citación para sentencia ni en qué forma. Me parecía indispensable llenar esta laguna, lo he concebido así y creo que no habrá mayores dificultades para que la Comisión no admita y prospere".

Aceptado por la Comisión el voto particular del Sr. Fernández Clérigo según la nueva redacción dada al mismo, e incorporado al dictamen, fue tomado en consideración, sin más discusión, por la Cámara (Discusión del voto particular suscrito por el Sr. Fernández Clérigo: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3968-3969):

A continuación se procedió a leer una enmienda del Sr. Puig de Asprer en que proponía la siguiente redacción del artículo 50 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"La Audiencia provincial, transcurrido que sea el término que se acaba de



instrucción del ponente, resolverá con respecto a la admisión de las propuestas y mandará abrir el juicio oral, señalando día y hora para el comienzo de las sesiones del mismo, con citación del Ministerio fiscal, de las partes litigantes y de los testigos y peritos. El juicio oral se celebrará y resolverá de conformidad a las prescripciones aplicables de la vigente ley de Enjuiciamiento criminal" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUN. 107):

Esta enmienda es, en realidad, continuación de otra presentada por el Sr. Puig de Asprer al artículo 49 del dictamen en la que se defendía el juicio oral como complemento del régimen de instancia única en que se basa el proyecto de ley de Divorcio y que fue rechazada por la Cámara -Cfr. NOYA 753 de la tesis-: Sabiendo de antemano que la misma iba a ser aceptada por la Comisión ni por la Cámara, no obstante ello pide al Sr. Puig de Asprer su aceptación por el absurdo que supone el hecho de que al Tribunal que ha de juzgar en instancia única se le sustraiga el conocimiento de las pruebas y su intervención en las mismas:

"... Ya sé que la Comisión no admite la enmienda y que la Cámara tampoco la admite, y digo esto porque al defender anteriormente una enmienda mía, he venido a apoyar indirectamente la que está ahora puesta a discusión. No obstante, anunciando que no pediré votación nominal ni siquiera ordinaria, he de sostener mi criterio, y agradecería muchísimo a la Cámara que, rectificando tal vez impresión anterior, aceptase esta enmienda, porque, a pesar de todo lo dicho aquí, yo puedo declararme vencido, pero convencido, de manera alguna. Es tan grande el error, el absurdo que para mí supone el hecho de que al Tribunal que ha de juzgar en instancia única se le sustraiga el conocimiento de las pruebas y de su intervención en las mismas, que, francamente, no sé cómo es posible que este absurdo llegue a prosperar. El Tribunal que ha de fallar en instancia única, con mayor motivo si es colegiado, es el que debe observar directamente las pruebas y el que debe intervenir en ellas. Si así no se hace, yo entiendo que la administración de justicia no será buena. Ignoro si las actuales Cortes tienen que legislar sobre una ley orgánica de Administración de Justicia o sobre una ley de Enjuiciamiento civil o si han de hacerlo Cortes futuras; pero no puedo, en modo alguno, asentir a que conste mi conformidad con el hecho de que se sustraiga al conocimiento de un Tribunal de instancia única ese derecho de presenciar las pruebas e intervenir en la práctica de diligencias":

Siendo estos los mismos argumentos que ya reprodujera en defensa de su enmienda al artículo 49 del dictamen, y habiéndose pronunciado entonces la Cámara por el criterio mantenido por la Comisión, es lógico que tampoco ahora se tomase en consideración esta nueva enmienda (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3969-3970).

Retirada, a continuación, por la Srta. Campoamor, en vista de la nueva redacción del artículo 50 del dictamen al tomarse en consideración el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, una enmienda que al mismo tenía presentada y en la que proponía quedara el citado artículo redactado agregando después de las palabras "... para la vista del pleito", estas otras: "que se señalará en el plazo máximo de veinte días", siguiendo igual el resto del artículo del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3970), sin más discusión, quedó aprobado el artículo 50 del dictamen tal como ha quedado redactado por la Comisión al aceptar el voto particular del Sr. Fernández Clérigo (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII p. 3970).

(770) "... Que la esposa demandante en estos autos recurre de la sentencia dictada por la Audiencia apoyándose en las causas segunda y tercera del artículo 57 de la Ley de Divorcio, fundando la primera en el hecho de no haber podido intervenir en el diligenciado y vista del pleito ante dicho Tribunal...: "Que, aparte de no citar la esposa recurrente precepto alguno procesal que el Tribunal "a quo" haya infringido y de cuya inobservancia se hubiera derivado indefensión, omisión que sería suficiente para desestimar el recurso por la alegada causa segunda del artículo 57 de la ley del divorcio; es manifiesto que dicho Tribunal cumplió escrupulosamente con todas las formalidades esenciales del juicio, pues si no tuvo por personada ante él a la recurrente, fue por no haberlo ésta solicitado, lo cual no se desvirtúa con la alegación que se hace en el recurso de estar destinado a su personamiento en el juicio un escrito que surtió con su aquiescencia todos sus efectos en otro procedimiento, desprendiéndose de todo ello la improcedencia de la revisión por el primer motivo alegado" Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio 1933 -Repertorio de J. 1932-1933, Aranzadi, 1789-.

La posibilidad de personación de las partes ante la Audiencia una vez transcurrido el término del emplazamiento se deduce indirectamente de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2316- que declara: "... que aún estimando contraria a derecho la providencia dictada por la Sala sentenciadora en 16 de octubre de 1934 que declaró no haber lugar a tener por personado ni por parte al procurador del recurrente por estar ya señalado día para la vista y citadas las partes para sentencia, no podría prosperar el recurso de revisión que se interpone, fundado en la causa 2ª del artículo 57 de la vigente ley sobre divorcio, ya que, el demandado y recurrente, no utilizó, en defensa de sus derechos los recursos conducentes que la Ley Rituaria establece, aceptando y reconociendo, con su silencio no obstante la notificación que se le hizo de aquélla, la plena eficacia procesal de la resolución, y al consentirla, no le es ya dable alegar un estado de indefensión que, en todo caso, nacería de sus propios actos".

(771) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1604-: El esposo demandante recurre de la sentencia dictada por la Audiencia apoyándose en la causa 2ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, fundándola en el incumplimiento por el Tribunal de instancia de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 55 de la misma al dictar su providencia en la que declaró concluso el pleito y que pasase el mismo al magistrado ponente para sentencia, en vez de mandar que se citase a las partes para sentencia y de señalar día para celebrar la vista dentro de los ocho siguientes, siendo su recurso estimado por el Tribunal Supremo que deja sin efecto las actuaciones practicadas en la Audiencia desde que fueron devueltos los autos por el magistrado ponente, después de haberse instruido de ellos, a fin de que se terminen de sustanciar con estricta sujeción a las normas procesales establecidas en la Ley especial de Divorcio:

"... Que al recurrente sólo hubiera sido imputado en todo caso la supuesta indefensión ante la citada Audiencia de Cádiz que en el recurso alega, hasta el instante en que incumpliendo el Tribunal lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 55 de la ley de Divorcio dictó su providencia de 10 de octubre de 1932 en la que declaró concluso el pleito y que pasase el mismo al Magistrado Ponente para sentencia, en vez de mandar como imperativamente ordena el indicado precepto que se citase a las partes para sentencia y de señalar día para celebrar la vista dentro de los ocho siguientes; y puesto que esta manifiesta violación por la Audiencia de Cadiz de una de las formalidades esenciales del juicio, cual es, según la ley, el obligatorio señalamiento para la vista, en cuanto privó al Sr. M.R. del ejercicio de la facultad que le asistía desde el día en que debió haberse hecho y su notificación en estrados hasta el en que se verificase de haber podido colocarse en condiciones legales para haber asistido a ella, produjo su indefensión, habrá de estimarse por ello el recurso interpuesto por dicho señor en la causa 2ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932: Que las consecuencias legales de la anterior declaración no pueden ser otras que las de dejarse sin efecto las actuaciones practicadas en la Audiencia de Cadiz desde que fueron devueltos los autos por el Ponente en 24 de septiembre, después de haberse instruido de ellos, a fin de que se terminen de sustanciar con estricta sujeción a las normas procesales establecidas en la ley de Divorcio que, como todas las de igual clase, son de orden público y de ineludible cumplimiento para Tribunales y litigantes".

A esta sentencia, y a la doctrina contenida en la misma, se alude incidentalmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 800-.

(772) Los artículos 54 del proyecto de Ley de divorcio y 51 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio disponían:

"Las vistas de los pleitos e incidentes de la separación y del divorcio, gozarán de la excepción a que se refiere el segundo párrafo del artículo 321 de la Ley de Enjuiciamiento civil":

Una enmienda del Sr. Gasset al artículo 51 del dictamen proponía se adicionara al mismo un segundo párrafo de este tenor:

"El juez ante el que se hubiera seguido el pleito concurrirá, cuando así lo estime el Tribunal

como secretario, con voz y sin voto, a la vista y sentencia. En ningún caso formarán parte del Tribunal los magistrados suplentes, y si la Audiencia provincial no tuviera los necesarios hasta el número de tres, cubrirán las vacantes los designados por la Sala de gobierno de las Audiencia territorial" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 23 de febrero de 1932 -NUM. 121-, interviene en defensa de la misma el Sr. Gasset que explica las ventajas de que el Tribunal, cuando así lo estime conveniente, pueda recoger las impresiones del Juez instructor de la causa con su concurrencia como secretario, con voz y sin voto, a la vista y sentencia, e igualmente, respecto del segundo extremo de la enmienda, defiende que sean únicamente los magistrados propietarios los que intervengan en estas causas, cubriéndose las vacantes que se dieran entre éstos, no entre los magistrados suplentes, sino entre los designados por la Sala de gobierno de la Audiencia Territorial:

"... Son tan sencillos los términos de esta enmienda y está tan cansada la Cámara, que voy a decir muy pocas palabras para apoyarla.

Desde luego, ya sé la suerte que ha de correr esta enmienda; pero hay algo que la Cámara aun no ha resuelto y que considero conveniente que lo haga. Antes se ha dicho, a mi juicio con acierto, que no debe hacerse resumen ninguno del pleito, porque además de producir un gasto y una pérdida de tiempo, no determinaba ventaja alguna para la resolución. Yo he querido sustituir ese resumen escrito por otro resumen vivo y hablado, con la presencia del juez instructor de la causa, no en todos los casos, sino cuando se estime conveniente; porque es indudable que el juez puede recoger impresiones que valgan mucho más que lo que quede expuesto en las declaraciones escritas, y no puede suponerse, sin una seria ofensa al Tribunal, que un juez instructor de categoría inferior a los señores que foren aquél influya de manera decisiva en la sentencia que dicte. Estimo, por consiguiente, que no envolviendo mi enmienda ningún peligro, en cambio, tiene la ventaja de que cuando el Tribunal quiera informarse claramente, no sólo por lo que está escrito, sino por lo que pudiera manifestar persona que hubiera intervenido tan directamente como el juez instructor, así lo haga.

Y aun esto tendría una segunda ventaja. Se decía aquí que muchas veces los jueces ponen en manos de los secretarios la toma de declaraciones y la práctica de diligencias, y sin que yo defienda en absoluto esto, debo decir que, por regla general, en aquellos juzgados de carácter rural, en los que hay pocos asuntos, el Juez directamente es quien hace todo eso. Pero siempre sería esto un motivo más para que el juez instructor, sabiendo que podía llegar el momento en que tuviera que asesorar al Tribunal, pusiera más cuidado para que, después, no apareciera una contradicción entre la letra y el espíritu de lo que se ha legislado. Y ahora dos palabras más sobre el resto de la enmienda, con relación a la cuestión tan debatida aquí de quienes serían los magistrados que intervinieran en el asunto.

Yo no desconfío de los magistrados suplentes, pero, por sus relaciones de amistad en la localidad a que el pleito se refiere y por otras consideraciones, pudieran ser calificados, cuando menos, de parciales, y para evitar esta suspicacia de los litigantes, creo que mejor es separarles de la sentencia y que sean únicamente los magistrados propietarios los que intervengan en ella, y si la intervención de los suplentes está justificada por la ausencia o enfermedad de algún magistrado, puede esto salvarse pidiendo a la Sala de gobierno de la respectiva Audiencia que designe el magistrado o magistrados que hagan falta para completar el número de tres que es indispensable para dictar sentencia":

En nombre de la Comisión, manifiesta el Sr. Baeza Medina que aquélla es contraria a que el Juez instructor del pleito actúe, siquiera sea como secretario, ante el Tribunal que ha de fallar por ser criterio de la Comisión que, en armonía con la instancia única, para dar a ésta la debida eficacia, el fallo sea del Tribunal colegiado, dejando el extremo que se refiere a los magistrados suplentes a una posterior reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, y aprovecha la oportunidad para manifestar la supresión por la Comisión del artículo 51 del dictamen por no tener ya objeto el mismo una vez aprobado el voto particular del Sr. Fernández Clérigo en que se dice que la celebración de la vista ha de tener lugar dentro de los ocho

días siguientes a la instrucción de las partes del ponente:

"... Para oponerme en nombre de la Comisión a la enmienda que el Sr. Gasset acaba de defender.

En primer término, he de manifestar que la Comisión es contraria a que el juez que ha intervenido en la tramitación del pleito de divorcio actúe, siquiera sea como secretario, ante el Tribunal que ha de fallarlo. Esto, en el orden práctico, determinaría dificultades, algunas veces insuperables, porque el juez de primera instancia no podría trasladarse a la capital de la provincia; pero la razón fundamental que singularmente hay que oponer es que para defender y mantener una intervención real y efectiva de los magistrados de la Audiencia provincial, en orden a la eficacia de la sentencia, sustituyendo la resolución de tipo personal por la de la Audiencia, hay que apartar toda intervención directa del juez, y determinaría esto en la práctica, Sr. Gasset y Sres. Diputados, que el juez, de hecho, intervendría en la resolución de los pleitos de divorcio, cuando el criterio de la Comisión asesora, primero, y de la Comisión parlamentaria de Justicia, después, es que, en armonía con la instancia única, para dar a ésta la debida eficacia, el fallo sea, no por una sola persona, sino por un Tribunal, es decir, por la Audiencia provincial.

Respecto al segundo extremo, el que se refiere a los magistrados suplentes, sin entrar en los puntos de vista del Sr. Gasset en orden a las condiciones y requisitos que los magistrados suplentes deban tener, cree la Comisión que no es éste el momento de entrar a definir si magistrados suplentes deben o no fallar estos pleitos, sino que a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, a disposiciones que puedan darse con referencia a magistrados suplentes con un sentido general, sea adonde se lleven las modificaciones y renovaciones que la experiencia y la práctica aconsejan, pero no singularizar lo que se relaciona a la actuación de los magistrados suplentes, a la forma de designarlos, en una palabra, a toda su participación en la administración de Justicia, al caso de los Tribunales que han de resolver sobre el divorcio.

En definitiva (y esto no afecta a la enmienda del Sr. Gasset), aprovecha la Comisión estar haciendo uso de la palabra para decir que como el artículo 51 del dictamen se refiere a que las vistas de los pleitos e incidencias de separación y de divorcio gozarán de la excepción a que se refiere el segundo párrafo del artículo 321 de la ley de Enjuiciamiento civil, o sea a la preferencia que tienen ciertos asuntos para anteponerlos en los señalamientos de vista, y se ha aprobado un voto particular del Sr. Fernández Clérigo, en que, regulando con minuciosidad toda la tramitación de las Audiencias provinciales, exige que la celebración de vista tenga lugar dentro de los ocho días siguientes a la instrucción de las partes, como ya está determinado aquí el tiempo en que se ha de celebrar la vista, el artículo 51 sobra, y sería hasta contradictorio con el voto particular que ya es dictamen y artículo de la ley de divorcio. Por consiguiente, queda hecha desde ahora la manifestación, en nombre de la Comisión, de que se suprime el artículo 51 del dictamen (El Sr. Gasset: Retiro mi enmienda):

Retirada por el Sr. Gasset su enmienda (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3970-3971), el Sr. Vicepresidente, de acuerdo con las manifestaciones hechas por el Sr. Baeza Medina en nombre de la Comisión, da por retirado y suprimido el artículo 51 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3971).

(773) Artículo 52 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio (Este artículo 52 del dictamen coincidía con el artículo 55 del proyecto de ley de divorcio, pero en éste se añadía un segundo párrafo de este tenor: "Quedan asimismo prohibidas, bajo pena de multa de 500 a 25.000 pesetas, inpuesta por el Tribunal que haya conocido del pleito, las informaciones y comentarios periodísticos relativos al litigio y a sus incidentes"):

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 52 del dictamen proponía se adicionara al mismo un párrafo similar al contenido en el artículo 55 del proyecto suprimido por la Comisión:

"Queda prohibida la divulgación, por medio de la prensa, de toda clase de noticias referentes



a los procedimientos y vistas en las causas de divorcio. Los infractores de esta disposición incurrirán en multa de 1.000 a 25.000 ptas, que impondrá de plano y sin ulterior recurso el Tribunal que conozca del pleito": (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, fue retirado por su autor (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3971).

Se leyó a continuación un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) en que se proponía la adición al artículo 52 del dictamen del párrafo contenido en el artículo 55 del proyecto y suprimido en el dictamen por la Comisión (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106), siendo igualmente retirado por el Sr. Villanueva (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3971).

A continuación se dió lectura de una enmienda del Sr. Casanueva en que proponía la siguiente redacción de este artículo 52 del dictamen:

"El despacho y vista de las causas de separación y de divorcio se hará a puerta cerrada a menos que los jueces y Tribunales estimen que no lo exigen así la moral, el decoro o las causas de separación o de divorcio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 109):

Para el Sr. Casanueva esta inversión de los términos del texto del dictamen obedece a que, dadas las causas de divorcio que se especifican en el artículo 3º, son más numerosas, a su parecer, los casos de divorcio que deben celebrarse a puerta cerrada que en audiencia pública:

"... Brevísimamente, para no molestar a la Cámara ni a la Comisión. Mi enmienda invierte los términos del dictamen. En éste se parte del supuesto de que las causas de divorcio, generalmente, puedan celebrarse en vista pública, porque ni ofendan a la moral, ni a las buenas costumbres, ni haya otras circunstancias que aconsejen impedir el acceso al público. Yo creo que, dadas las causas de divorcio que se especifican en el artículo 3º, son mucho más numerosos los casos de divorcio que deben celebrarse a puerta cerrada que en audiencia pública, y por esto invierto los términos diciendo: "Por regla general, la vista será a puerta cerrada a menos que el Tribunal crea que no hay ningún motivo para que sea así, y en ese caso será vista pública":

El Sr. Salazar Alonso rechaza, en nombre de la Comisión, la enmienda del Sr. Casanueva por inspirarse el dictamen en el principio de publicidad de los juicios, siendo la excepción el que éstos se celebren a puerta cerrada:

"... La Comisión no puede aceptar esta enmienda porque, en efecto, es lo mismo, pero al revés que el dictamen. No se trata de un simple cambio de sitio de las frases, es algo trascendental. Para nosotros, el principio es la publicidad de los debates; la excepción es que estos se celebren a puerta cerrada; para el Sr. Casanueva el principio es que todos los debates del pleitos de divorcio sean a puerta cerrada, a no ser que sus circunstancias lleven a la Sala a determinar que puede haber publicidad. Nosotros estimamos que lo que corresponde al criterio de la ley y al criterio general de lo que son los juicios ante los Tribunales, es que sean públicos; no creemos que sea norma general el que las frases que se empleen, las noticias que se divulguen, puedan obligar a que el debate sea secreto, pero aceptando lo que en el caso determinado puede hacerse, no existe ningún peligro. Conservamos, pues, este principio de publicidad de los juicios en que se inspira el dictamen, el cual mantenemos en contra de la propuesta del Sr. Casanueva":

Prevía consulta a la Cámara, no fue tomada en consideración la enmienda del Sr. Casanueva, aprobándose a continuación, sin más discusión, el artículo 52 del dictamen (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3971-3972).

(774) Cfr. NOTA 764 de la tesis.

(775) "... Que las cuestiones a resolver en este recurso son las siguientes: Primera, si la concurrencia de cuatro Magistrados a la vista, y para dictar la sentencia recurrida, constituye o no una violación de las formalidades esenciales del juicio que haya producido indefensión.... Que si bien el Decreto de 2 de mayo de 1931 modificó la Ley de Enjuiciamiento civil, elevando el límite máximo para los juicios de menor cuantía hasta 20.000 pesetas y exigiendo por este motivo para las sentencias de apelación de las Salas de las Audiencias Territoriales se constituyan necesariamente con cinco magistrados, es lo cierto que el artículo 46 de la Ley del Divorcio,

al preceptuar que las demandas de separación y de divorcio se sustancien por los trámites procesales que fija la ley adjetiva para aquellos juicios de menor cuantía, añadió, "salvo las modificaciones que establezca esta ley", entre las que se destaca la instauración de la única instancia, suprimiendo, por tanto, la apelación, y la competencia para conocer de esos pleitos matrimoniales de las Audiencias provinciales, lo que evidencia la falta de aplicación del mencionado decreto a esta clase de litigios, regidos por preceptos especiales; por lo cual procede resolver negativamente la primera cuestión propuesta, con cuanto mayor razón cuanto que en el acto de la vista conoció el recurrente la constitución de la Sala y no adujo recurso alguno, lo que aleja todo motivo de indefensión": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1505--.

(776) Cfr. NOTA 767 de la tesis.

(777) Dispone el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"Las Salas se constituirán para el despacho ordinario y resolución de incidentes con tres Magistrados, por lo menos, en las Audiencias, y cinco en el Tribunal Supremo, sin que puedan exceder de cinco en aquella ni de siete en éste. Los acuerdos se tomarán por mayoría absoluta de votos".

(778) "... Que la primera causa se apoya en el hecho de que la Audiencia dió por celebrada la vista sin asistencia de las partes, no accediendo a la suspensión de tal diligencia solicitada por el Procurador del demandado, hoy recurrente, por enfermedad del Letrado, que pretendía justificar con certificación médica que acompañaba, y tal causa debe desestimarse, primero, porque según resulta del pleito, el escrito y certificación fueron presentados el mismo día en que se estaba señalada la vista, y por no venir en forma de certificación fue retirada por el mismo Procurador, para subsanar la falta, y si bien ésta se subsanó y volvió a presentarse la certificación, esta nueva presentación fue después de haber dictado la Sala la providencia de no haber lugar a la suspensión de la vista, por no haber acreditado debidamente la enfermedad del Letrado, y segundo, porque la diligencia de vista no es formalidad esencial del juicio, y por ello su falta no la incluye la ley de Enjuiciamiento civil entre los motivos de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del mismo, ni produce indefensión, ni para la validez del acto es necesaria ni obligatoria la asistencia de Letrado": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1931-1933, Aranzadi, 1416-; "... Que la causa primera de revisión alegada para sostener este recurso es la segunda del artículo 57 de la ley del Divorcio, o sea la de violación de las formalidades esenciales del juicio que ha producido indefensión a la parte recurrente, como consecuencia de haberse celebrado la vista del pleito ante la Audiencia, sin la asistencia de Letrado; bien por no haber sido citado para ello el Procurador, que a la sazón representaba a aquella parte, o bien porque, habiéndolo sido aquél, no transmitiera la citación al Letrado encargado de la dirección del asunto, y apareciendo acreditado que la providencia que dictó el Tribunal de instancia con fecha 4 de Febrero de 1933, señalando para la vista antes expresada el día 15 del mismo mes, se notificó en esa fecha a los dos Procuradores que intervenían en el pleito, la asistencia o no de las respectivas direcciones letradas de las partes al acto de la vista, para la cual estaban legalmente citados, no puede en modo alguno regularse como violación de norma procesal imputable al Tribunal, y menos que, como consecuencia de ella, se produjera indefensión para nadie; por lo que resulta a todas luces inadmisibles esta causa de revisión: Que no puede modificarse en nada el criterio que se sustenta en el Considerando anterior la circunstancia de que el Procurador de la recurrente renunciara a la representación que venía ostentando con anterioridad al día señalado para la vista, ya que la Sala, al proveer el escrito en que se formulaba la renuncia, acordó que se hiciera saber ésta a la interesada, para que nombrara otro Procurador que la representara en el pleito, continuando, entre tanto, el renunciante ostentando su representación legalmente, y, en consecuencia, cuando la vista se celebró se hallaba la recurrente debidamente representada, y si el Procurador avisó o no oportunamente al Letrado para que asistiera a aquélla, esto podrá originar el ejercicio de acciones entre la recurrente y su procurador, ajenas en absoluto a la actuación del Tribunal, que es el que habría de cometer, y en el caso presente no ha cometido, la infracción procesal que por producir indefensión a alguna de las partes litigantes diera lugar a causa de revisión con arreglo a lo dispuesto

en el precepto legal referido": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 256-; "... Que el primer motivo del recurso se funda en la causa segunda del antes dicho artículo 57, que exige dos requisitos, cuales son: 1º, violación de las formalidades esenciales del juicio, y 2º que la infracción sea de tal naturaleza que produzca indefensión, requisitos que han de concurrir conjuntamente para que la aludida causa pueda prosperar; y como la recurrente alega que se vió privada de dirección facultativa en el acto de la vista ante el Tribunal de instancia, y de los autos aparece que por enfermedad de su letrado se suspendió el día de su primer señalamiento, acordándose que el segundo se verificaría con o sin asistencia de las partes, providencia que fue consentida, y que llegando este día la recurrente volvió a solicitar la suspensión por no poder, según dijo, "actuar legalmente el que había sido hasta entonces su letrado", petición a la que no accedió la Sala, como así resulta implícitamente al celebrarse aquel acto, es visto que no concurre la causa alegada, ya que "el no poder legalmente actuar el letrado" no es motivo suficiente para acordar la suspensión, conforme al artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque la providencia acordando la celebración del acto con o sin asistencia, quedó firme, y, por último, porque habiendo precedido la discusión escrita con toda amplitud, no siendo susceptible de modificaciones los hechos expuestos y peticiones formuladas, no cabe hablar de indefensión por haberse agotado todos los medios de defensa en aquella discusión, base única para la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 476 bis-; "... Que no se ha infringido por la Sala Sentenciadora el artículo 323 número sexto de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 55, párrafo tercero, de la Ley del Divorcio, como se supone por el recurso porque es de su libre apreciación el motivo que se invocó para la suspensión de la vista, además de que esa diligencia no es formalidad esencial del juicio, ni produce indefensión, ni para la validez del acto es necesaria ni obligatoria la existencia del letrado, según tiene estimado este Tribunal, por sentencia de 6 de Enero de 1933; resultando improcedente la revisión que se solicita por la causa segunda del artículo 57 de la expresada Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1086-; "... Que al constar en autos que, con fecha 25 de noviembre de 1933 se notificó a las partes la providencia del Tribunal "a quo" declarando concluso el pleito y señalando para la vista el día primero de diciembre siguiente, es indudable que se observaron escrupulosamente las prescripciones del artículo 55 de la Ley de 2 de marzo de 1932 y carece, por ende, de realidad la violación de formalidades esenciales que atribuye al fallo el actual recurso, sin más fundamento que el débil pretexto de no haber podido asistir a la vista, por insuficiencia del tiempo que medió entre la citación y dicho acto, el letrado defensor de la parte recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 433-; "... Que el motivo tercero y último, que, en el campo de la causa segunda del artículo 57 de la Ley de referencia, achaca al fallo recurrido violación de formalidades esenciales del juicio, que ha producido indefensión, al denegar la solicitud de suspensión de vistas que, por causas de enfermedad del letrado, hizo la parte demandada y recurrente, no puede tampoco ser estimado: Primero, porque según resulta de los autos, el escrito y la certificación médica fueron presentados el mismo día, para el que estaba señalada la vista, sin que en dicha certificación se expresase que la enfermedad hubiese sobrevenido dentro del periodo de las 48 horas anteriores a la señalada para el acto, lo que obligó a la Sala a no acceder a la suspensión, ajustándose estrictamente a lo que previene el artículo 323, número sexto, de la Ley Rituaria; y Segundo, porque si bien la omisión por el Tribunal de Instancia del obligado señalamiento para la vista puede ser reputada como violación de una de las formalidades esenciales del juicio, según declaró esta Sala en su sentencia de 5 de abril de 1933, no tiene igual trascendencia ni produce indefensión, según se ha establecido en la sentencia de 7 de enero del mismo año, la celebración de la vista sin asistencia de las partes o de alguna de ellas, toda vez que para la validez del acto no es necesaria ni obligatoria la concurrencia de los letrados de la misma": Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 800-; "... Que notificadas debidamente las partes para el acto de la vista ante el Tribunal inferior, el hecho de celebrarse ésta, sin la asistencia del letrado de la actora, no puede constituir una violación de las formalidades esenciales del

juicio que la hayan dejado indefensa, como la recurrente sostiene en su segundo motivo, porque según jurisprudencia de esta Sala, la vista no es formalidad esencial, al no incluir la Ley de Enjuiciamiento civil su falta, entre los motivos de casación, aparte de que siguiéndose el presente pleito por los trámites del juicio de menor cuantía, salvo las modificaciones que establece la ley del Divorcio ha de tener aplicación al mismo, lo dispuesto en los artículos 701 y 710 de la ley riuaria civil, que declaran potestativa la asistencia de las partes o de sus abogados; al acto de la comparecencia y vista respectivamente, criterio que impera incluso para los juicios de mayor cuantía, según se consigna en el párrafo segundo del artículo 677 y en el 873 en relación con el 330, todos de la ley adjetiva citada": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 324-.

(779) Cfr. en sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1414- y 27 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1659-.

(780) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 486 bis-: La parte demandada recurre de la sentencia dictada por la Audiencia apoyándose en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, en cuanto sostiene que en ella se resuelve sobre alimentos y liquidación de bienes de la sociedad conyugal, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo porque ningún elemento resolutivo de ambos particulares se contiene en el fallo recurrido:

"... Que, asimismo, infundada la impugnación de la sentencia recurrida en cuanto se sostiene que en ella se resuelve sobre alimentos y liquidación de bienes de la sociedad conyugal, cuestiones ambas reservadas al conocimiento del Juez, bastando la simple lectura del combatido fallo para advertir que ningún elemento resolutivo de ambos particulares se contienen en él, limitándose a señalar, aunque innecesariamente, el procedimiento y la ocasión procesal oportuna en que han de ventilarse":

A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1414- resuelve desestimar el recurso entablado por la esposa contra la sentencia dictada por la Audiencia, con el apoyo de la causa 2ª del artículo 57 de la ley de Divorcio, por no haber tomado la sentencia recurrida medida alguna sobre determinadas materias -que están fuera del margen legal que limita la esfera de actuación de las Audiencias-, porque, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, "... se ajustó la Sala sentenciadora a las prescripciones de la ley del concepto absteniéndose de hacer declaraciones sobre las cuestiones de alimentos, situación de la prole y demás que son objeto de las referidas piezas separadas"

En este sentido, hay que destacar la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 744- en que se desestima el recurso entablado por la esposa por no haber tomado la sentencia recurrida medida alguna sobre la situación de los hijos, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial ya reflejada y de aplicación general a todas aquellas materias que están al margen legal que limita la esfera de acción de las Audiencias, no son atribuciones de éstas el resolver acerca de los particulares reservados a la decisión del Juez en las oportunas piezas separadas:

"... Que la Sala de instancia al silenciar en el fallo recurrido todo pronunciamiento relativo a la situación de los hijos habidos en el matrimonio disuelto se ha ajustado correctamente a las disposiciones legales, interpretadas en tal inteligencia por la doctrina jurisprudencial reiterada en constantes resoluciones de este Supremo Tribunal, pues que el momento y ocasión de acordar lo procedente sobre dicha materia se ha de referir al curso de la pieza separada que se forme y tramite por el juez instructor del pleito de divorcio bajo su genuino criterio y plena evocación ora como medidas preventivas durante la sustanciación del proceso, ora en período de ejecución de sentencias según el carácter de las declaraciones emitidas en la misma sobre la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, sin perjuicio de los recursos jerárquicos procedentes contra las resoluciones del juzgador dictadas en cada caso concreto".

(781) "... Que limitadas por la ley las facultades de la Audiencia y las de este Tribunal Supremo que así lo tiene ya declarado en la materia de divorcio, a resolver sobre el fondo mismo del pleito y acerca de la culpabilidad o inculpabilidad de uno o de ambos cónyuges,

reservando todo lo incidental que se comprende en el artículo 44 de la citada ley al conocimiento y decisión del Juez actuando en las oportunas piezas separadas, es forzoso declarar la interinidad de lo resuelto por la Audiencia respecto a la entrega del hijo del matrimonio a uno de los esposos contendientes": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1659-; "... Que establecida por este Supremo Tribunal la esfera de acción en que han de moverse y actuar así las Audiencias al resolver la instancia, como este Tribunal conociendo del recurso de revisión y señalados de modo limitativo los dos extremos a que tan sólo se contrae su motividad procesal que son, el divorcio y la culpabilidad de los cónyuges cuando proceda, e incurso que toda declaración referente a puntos distintos de los que previamente le están encomendados, no puede tener mayor alcance que el meramente provisional, ya que no debió adoptarse, quedando subordinada a lo que en definitiva y con jurisdicción propia acuerde el Juez en cada caso": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1690-; "... Que, limitado sustancialmente, el recurso a la alegación de que no existe razón legal ni causa justa para fallar que los hijos queden en poder de la madre, como dispone la sentencia recurrida hay que tener en cuenta que por ello no se puede demostrar ninguna clase de injusticia, pues es medida que la ley reconoce a la potestad discrecional del Tribunal sentenciador, que en el caso presente fue pedida por el Ministerio fiscal en el acto de la vista y que siempre es algo provisional susceptible de modificación en la ejecución de sentencia, a tenor de los artículos 18 y concordantes de la ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1736-; "... Que, haciéndose en la sentencia en revisión declaraciones referentes a situación de hijos y fijación de alimentos y recurriéndose de tales extremos al amparo de la causa 3ª del artículo 57, no cabe sino reconocer que no es atribución de la Audiencia Sentenciadora resolver acerca de esos particulares, reservados a la decisión del Juez en las piezas separadas correspondientes, estando a aquel Tribunal atribuido el sólo conocimiento de la petición principal sobre divorcio o separación, y la declaración, cuando proceda, de la culpabilidad del cónyuge que hubiera dado causa para ello, a los dos, en su caso, que son los únicos extremos sobre los que concreta limitadamente versa el recurso de revisión, según aparece claramente del examen de los artículos 14, 16, 20 y 44, en armonía con los 58, 65 y 67 de la ley de Divorcio, así como en los 1º, 9º, 55, 57 y 61 de la propia Ley, pero por esto mismo no cabe hacer en este recurso ningún procedimiento de injusticia notoria respecto a tales cuestiones, por ser incidentales y revestir carácter provisional las decisiones, que pueden ser modificadas en la ejecución de la sentencia, a tenor del artículo 18 y sus concordantes de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 616-; "... Que limitado el recurso interpuesto por don I.A. a solicitar la revisión de la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, por lo que hace referencia a la situación del hijo habido en el matrimonio, es evidente que de ninguna manera puede prosperar, primeramente, porque no se formaliza como expresamente ordena el artículo 57 de la ley del Divorcio, que ni siquiera se invoca, y en segundo lugar, porque al disponerse en la sentencia recurrida que el hijo quedase en poder de la madre, el Tribunal sentenciador hizo uso de una potestad discrecional que la Ley le reconoce accediendo a la petición formulada por el Ministerio Fiscal, y además, porque ese acuerdo es siempre algo provisional susceptible de modificación en ejecución de sentencia con arreglo al artículo 18 de la ley antes citada": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1085-; "... Que limitado el recurso a impugnar la asignación de una cuota mensual a cargo del marido inocente, en concepto de pensión a percibir por la esposa culpable, en cuyo poder queda el hijo menor de ambos, es visto que no procede la excitación a esta Sala suprema para que pronuncie la revisión del fallo, porque la materia discutida no es susceptible, dado su carácter circunstancial y contingente, de esta clase de recurso, según reiterada jurisprudencia y cabe solicitar y obtener el remedio ante el Juzgado instructor del expediente de divorcio, el cual tiene plena competencia atributiva para entender y resolver "a quo" todo lo concerniente al caso, con las alzas jerárquicas procedentes si a ellas hubiere lugar en derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 444-; "... Que no es

procedente examinar las cuestiones referentes a la situación de los hijos del matrimonio divorciado y a la de alimentos, que se plantean en el recurso de mérito, ya que conforme a reiterada y copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo, los pronunciamientos que, sobre aquellos particulares, se consignan en los fallos de instancia no revisten carácter definitivo, a los efectos de la revisión, sino meramente provisional y transitorio susceptible de ser modificado por el juez instructor, en ejecución de sentencia...": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 775-; "... En cuanto a la segunda de las establecidas en el citado artículo 57 de la Ley de Divorcio, aducida por el Sr. P. en apoyo de su recurso, que la improcedencia de la misma..., la disposición que adopte respecto de los hijos del matrimonio ya que la ejecución y consecuencia de la misma han de realizarse en piezas separadas y no en los autos principales según dispone el artículo 44 de la ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1524-; "... Que el segundo motivo del recurso tampoco debe prevalecer, porque se basa en que el fallo infringe el artículo 17 de la Ley citada, al mantener la patria potestad paterna, lo cual no del mismo, y que sólo ordena que queden los hijos en la situación que tenían al promoverse el litigio y ésta era, según la propia recurrente, la de hallarse en su poder, pero en todo caso, tal acuerdo nunca podría constituir injusticia notoria, según jurisprudencia constante de esta Sala, por tratarse de medida que la Ley reconoce como de la potestad discrecional del Tribunal sentenciador y que siempre representa algo provisional y por ende, susceptible de ser modificado en ejecución de sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 335-; "... Que, finalmente, no puede tampoco ser acogido el motivo último, en el que se alega que la declaración del fallo relativa a que quedase en poder de la madre una hija que actualmente tiene más de veinticuatro años espacaba a la jurisdicción del Tribunal, puesto que es jurisprudencia reiteradísima que los pronunciamientos relativos a la situación de los hijos del matrimonio no son susceptibles del recurso de revisión, por no referirse al fondo del asunto y ser materia que puede revisarse después de la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1008-; "... Que en cuanto al pronunciamiento sobre los hijos siempre es algo provisional susceptible de modificación conforme al artículo 18 y concordantes de la Ley indicada, sin que pueda constituir injusticia alguna susceptible del recurso de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1123-.

(782) Al solicitar en una demanda que se declare haber lugar al divorcio a la mera separación de personas y bienes de los cónyuges, los dos únicos pronunciamientos que el fallo puede contener "congruentes" con aquella petición, han de ser necesariamente a la absolución de la demanda, o la condena a la parte demandada" en armonía con tal solicitud", sin perjuicio de que en este segundo caso la condena lleve o no aparejada declaración de culpabilidad, según la causa de divorcio o separación que se haya puesto en ejercicio, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1751-: El esposo demandado recurre de la sentencia dictada por la Audiencia apoyándose en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, fundándola en la supuesta incongruencia del fallo con las pretensiones formuladas por cada una de las partes al proporcionarse acerca de ciertos particulares reservados a la decisión del Juez en las piezas separadas correspondientes, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo porque, aparte de la provisionalidad de los pronunciamientos que sobre esos particulares se consignan en los fallos de instancia, es manifiesta la congruencia del fallo que declara el divorcio de los cónyuges litigantes por apreciar sendas causas de divorcio por ellos alegadas en la demanda y en la reconvenición:

"... Que el segundo motivo de injusticia notoria que dicho señor atribuye a la sentencia recurrida, pretende fundarle en la supuesta incongruencia de su fallo con las peticiones formuladas por cada una de las partes; pero ordenado el último párrafo del artículo 44 de la ley de Divorcio, que para la ejecución de las cinco disposiciones a que se refiere, cuya adopción impone al Juzgado, y no a la Audiencia sentenciadora, han de formarse las correspondientes piezas separadas para sustanciarse en ellas las cuestiones o incidencias que puedan promoverse como consecuencia de las mismas, notorio es que la ejecución de lo que en cumplimiento estricto del apartado tercero del artículo citado mandó el Juzgado

en su providencia de 26 de Mayo de 1932, debió realizarse en la pieza que ordenó formar en la del día 28 siguiente para sustanciar cuando se refiriera al depósito del menor hijo de los litigantes, Isidoro C.U., al cual ramo separado injustamente preterido, debieron llevarse todas las cuestiones relativas a la situación de aquel descendiente de los cónyuges en forma indebida tramitadas en los autos del pleito de divorcio, que, a tenor del repetido artículo 44, están reservados al asunto principal, respecto de las cuales, y sólo en trámite de apelación de las resoluciones dictadas por el Juzgado, podía resolver de un modo definitivo en segunda instancia la Audiencia de Madrid, conforme se desprende del artículo 403 de la ley Procesal.

... Pues, que, como los autos que se promovían, conforme al artículo 46 de la Ley de Marzo de 1932, interesando la separación o divorcio, se han de tramitar tan sólo por el Juzgado que la Audiencia decida la cuestión de fondo del pleito, claro es que las causas de revisión establecidas en el artículo 57 de la Ley, tienen que referirse de un modo exclusivo a los pronunciamientos que contenga la sentencia definitiva resolutoria de los problemas de separación o de divorcio planteados en la demanda, y en la reconvencción en su caso, mas no a las decisiones necesariamente de carácter provisional que con arreglo al artículo 17 de la Ley adopte la Audiencia, ya que del contenido de los artículos 44, 16 y 18 de la misma se infiere que la resolución concluyente acerca de la situación en que deban quedar los hijos del matrimonio separado o divorciado, habrá de dictarla el Juzgado en la pieza separada correspondiente, con vista de las pretensiones sobre el particular que deduzcan las partes con aclaración a la Audiencia para no verse privadas de una segunda instancia; y puesto que la sentencia recurrida declara el divorcio de doña Amparo U. y de D. Isidoro C., por apreciar sendas causas de divorcio por ellos alegadas en la demanda y en la reconvencción, manifiesta es la congruencia del fallo con ambas y con las pretensiones de las partes, y que no existe en él la supuesta injusticia notoria por incongruencia, por lo que procede desestimar el segundo motivo del recurso".

(783) Una vez establecida la litis mediante el ejercicio de una acción de estado por virtud de la cual se solicita la ruptura o suspensión de la unión matrimonial, se ha creado la constitución formal del juicio un supuesto procesal inalterable, siendo contraria a la unidad integral de la relación jurídica del proceso constituido dentro del ámbito delimitado por una acción concreta la pretensión dirigida a su ampliación o transformación en otra de sustancia diferente a la que se ejercitó:

Más, como señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 486-; "... carece en absoluto de fundamento la alegada incongruencia que se dice existe entre lo pedido en la demanda al solicitar el divorcio, apoyada en la causa doce antes citada, y lo resuelto en el auto aclaratorio de la sentencia en el que se cita la causa segunda, no invocada por las partes, ya que el más ligero examen de ambas resoluciones pone de manifiesto el error material sufrido al escribir en dicho auto la causa determinante de la declaración judicial del divorcio; que, tanto por los razonamientos de la resolución, como por negar culpabilidad en el litigante vencido, excluye toda idea de referencia a las graves ofensas que implican para el cónyuge inocente la realidad de los hechos que informan la causa segunda del artículo 3º de la citada ley"; de igual modo, se declara en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2487-, "... Que el motivo primero de este recurso levanta su argumentación sobre un mero error material en que incide la Sala al citar, en el Considerando segundo de su sentencia, la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, en vez de la causa séptima, que es la que aplica al caso de autos, como se infiere inequívocamente del contexto de su razonamiento, lo que, por no afectar a la justicia, ni siquiera a la claridad del fallo, carece de toda eficacia para autorizar la revisión que se pretende".

9.2.3. Recurso de revisión contra las sentencias que dicten las Audiencias en los pleitos de separación y de divorcio ante el Tribunal Supremo:

La finalidad que se propone la Ley especial de Divorcio en orden al procedimiento no es otra que la de establecer en juicio declarativo ordinario, con garantías suficientes para la defensa de las partes, pero simplificando sus trámites y de instancia única, fijando dos fases distintas en el procedimiento de instancia única en que la misma se basa, la fase de instrucción ante el Juez de Primera Instancia, y la fase de resolución ante la Audiencia, y dentro de esta norma se ha de comprender el recurso de revisión que autoriza el artículo 57 de la Ley de Divorcio contra las sentencias dictadas por las Audiencias en los pleitos de separación y de divorcio. Dispone este artículo 57 de la Ley de Divorcio:

"Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo por algunas de las causas siguientes:

1ª: Incompetencia de jurisdicción.

2ª: Violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión.

3ª: Injusticia notoria.

El recurso se interpondrá y formalizará mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación. Transcurrido este plazo, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazándose a las partes para que comparezcan en término de diez días. Este término será de quince días para los pleitos procedentes de las islas Baleares y de veinte para los de las islas Canarias. Recibidos los autos y personado el recurrente, se mandarán traer a la vista, previa instrucción de las partes y del ponente, por térmi-



no de cinco días a cada uno, señalándose la vista dentro del mes siguiente. Celebrada ésta, se dictará sentencia en plazo de diez días" (784).

Conforme a lo dispuesto en este artículo, el recurso de revisión puede fundarse solamente en algunas de las causas taxativamente señaladas en el mismo: Antes de estudiar las causas por las que puede interponerse el recurso de revisión, vamos a ver cómo, ante quién de qué forma y cuándo ha de interponerse el recurso de revisión por cualquiera de las tres causas que enumera el artículo 57 de la Ley de Divorcio.

9.2.3.1. Interposición y formalización del recurso de revisión por cualquiera de las causas que taxativamente señala el artículo 57 de la Ley de Divorcio:

a) Discusión habida dentro de las Cortes Constituyentes sobre si el escrito de interposición del recurso había de ser un escrito razonado o meramente formulario:

Leído el artículo 53 del dictamen en la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121-, y aceptado por la Comisión un voto particular de los Sres. Baeza Medina y Moreno Mateo al mismo en que se modificaba su párrafo último en el sentido de reducir a cinco días el término para interponer el recurso y a diez el de comparecer ante el Tribunal Supremo, señalándose a éste el plazo máximo de un mes, después de la instrucción de las partes, para la celebración de la vista (785), se plantea por el Sr. Ossorio y Gallardo la cuestión de si el escrito de interposición del recurso es un escrito razonado o meramente formulario, manteniéndose al respecto dos criterios distintos, el del Sr. Ossorio y Gallardo, que pretende que se entienda la interposición del recurso como "formalización" del mismo, pues, en otro caso, de ser un simple escrito formulario de interposición del recurso sin razonamientos, se comparecerá ante el Tribunal Supremo para informar oralmente sin atecedente ningun-

no escrito que sirva de guía a la otra parte y a la Sala que ha de resolverlo -para dar viabilidad a la pretensión del Sr. Ossorio y Gallardo se formula "in voce" por el Sr. Fernández Clérigo un voto particular manteniendo la redacción primitiva del dictamen en cuanto al plazo para la presentación y "formalización" del recurso-, y el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión de Justicia, para el cual en el escrito de interposición del recurso basta con decir que se plantea, sin necesidad de razonarlo, haciéndose luego las alegaciones pertinentes en el acto de la vista: Aceptándose, en definitiva, el plazo de diez días para "interponer" y "formalizar" el recurso, es decir, para explicar las razones, y manifestado por el Sr. Ossorio y Gallardo que no hay inconveniente alguno para reducir el término de comparecencia ante el Tribunal Supremo de quince a diez días, puesto que en este caso no hay nada que razonar, tras una sugerencia del Sr. Fernández Clérigo en el sentido de ampliar el término de comparecencia en los recursos que procedan de las islas Canarias y Baleares, se da por la Comisión una nueva redacción del artículo 53 del dictamen en que se acoge también la parte del voto particular de los Sres. Baeza Medina y Moreno Mateo en que se establece el término de un mes a partir del último plazo fijado para instrucción de las partes dentro del cual se ha de celebrar forzosamente la vista, siendo aprobado por la Cámara este artículo 53 del dictamen en la forma redactada por la Comisión tras la discusión reseñada que, a continuación, se transcribe:

"Leído el artículo 53 y un voto particular de los Sres. Baeza Medina y Moreno Mateo (Vease el Apéndice 5º al Diario núm. 119), dijo

El Sr. Salazar Alonso: La Comisión acepta el voto particular.

Hecha la oportuna pregunta por el Sr. Secretario (Del Río), quedó tomado en consideración el voto particular e incorporado al dictamen.

El Sr. Ossorio y Gallardo: ¿El recurso hay que formalizarlo y razonarlo en los quince días?.

El Sr. Gomariz: Después de instruido.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Eso en cinco días no puede ser.

El Sr. Salazar Alonso: Es interponer y luego comparecer.  
¡Son tan claros los términos que se emplean!

El Sr. Ossorio y Gallardo: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): La tiene S.S.

El Sr. Ossorio y Gallardo: ¿Dónde se razona el recuro? ¿En el escrito de formalización ante la Audiencia? (Un Sr. Diputado: NO) ¡Si no hay otro escrito! (El Sr. Gomariz: Hay la vista) ¿En un escrito formulario de interposición sin razonamientos? Fijémonos en lo que va a ser ese escrito. si es un simple escrito de interposición del recurso, bastan cinco días, y, si se quiere, sobran (El Sr. Villanueva: Es una apelación) Ya lo sé; pero deseo que esto quede un poco claro, aunque sólo sea por explicaciones de la Comisión (El Sr. Villanueva: Yo tengo un voto particular suprimiendo ese recurso) Pues esto de los cinco días pensémoslo tanto más cuando que aquí se resucita un recurso que ya hace mas de un siglo había desaparecido, el de injusticia notoria, que habrá que explicar de alguna manera, porque si no, se comparecerá ante el Tribunal Supremo para informar oralmente sin antecedente ninguno escrito que sirva de guía a la Sala.

Todo esto constituye peligros para los litigantes; no se gana más tiempo por arrebatarse así los minutos; a veces se complica más con nulidades y perturbaciones de mil clases.

El Sr. Baeza Medina: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): La tiene S.S.

El Sr. Baeza Medina: El Sr. Ossorio confunde a nuestro juicio la cuestión, entrando en la discusión de esta enmienda y no la del artículo en momento oportuno, habiendo podido por cierto presentar enmiendas que lo aclarasen y rectificasen en los términos que él considerase conveniente.

Nuestro voto particular -por ser enmienda de miembros de la Comisión es voto particular- se circunscribe sencilla-

mente a modificar este concepto del artículo 53 del dictamen. Decía: "El recurso se interpondrá mediante escrito presentado a la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días"; y nosotros decimos que el escrito interponiendo el recurso lo sea dentro del término de cinco días.

Hay otro concepto también en este párrafo que dice que las partes pueden personarse ante el Tribunal Supremo en el término de quince días, y nuestro voto particular lo reduce a diez, porque consideramos que, dada la relación indirecta, en el primer caso, para la interposición del recurso, entre el abogado que ha dirigido el pleito y el litigante, bastan cinco días para la interposición, señor Ossorio, que es lo que nosotros rectificamos; como asimismo para comparecer ante el Tribunal Supremo, dado que el litigante tiene ya una dirección jurídica que le puede asesorar dentro de ese plazo, no es preciso el de quince días. Cuando en un procedimiento de divorcio se aquilatan los términos hasta señalar el de diez días para proponer la prueba y de veinte para practicarla, cuando en el dictamen de la Comisión venía el de nueve días para comparecer y contestar a la demanda, que se ha ampliado, nos pareció a nosotros excesivo que fuera quince días el término para comparecer ante el Tribunal Supremo.

Y, finalmente, este artículo 53, al tratar de la celebración de la vista, no establece limitación alguna de tiempo para que el Tribunal Supremo haga el señalamiento, y se podía dar el caso que de da ya en asuntos de otra índole, en los de carácter social, que meses y aún años, están separados la celebración de la vista correspondiente. Como precisamente a la Comisión parlamentaria de Justicia, como antes a la Comisión asesora jurídica, ha procurado la rapidez en la tramitación de este procedimiento, hemos querido que haya un término dentro del cual se tenga que celebrar forzosamente

la vista, y este término lo hemos señalado, en el voto particular, en un mes, a partir del último plazo fijado para instrucción a las partes.

Pudiera decirse que para el Tribunal Supremo podrá significar (El Sr. Fernández Clérigo pide la palabra), y es posible que suceda así en los primeros tiempos, un agobio; pero esto será una cuestión secundaria, que el propio Tribunal Supremo o el Gobierno, en relación con dicho Tribunal, podrán, en definitiva, resolver. En cambio, lo fundamental para los que hemos firmado ese voto particular, y aun para la Comisión que lo ha aceptado, es que tengamos la debida garantía en la rapidez de la tramitación, y que no estemos aquí discutiendo, día tras día, respecto a la rapidez del procedimiento para que después de unos meses en que haya sentencia y en que el pleito vaya al Tribunal Supremo, pueda estar mucha mayor cantidad de tiempo -quizá uno o dos años- en espera de la celebración de la vista. Ese es el alcance de nuestro voto particular, que lo que hace es corregir plazos amplios que, a nuestro juicio, hay en este artículo.

Creemos que por ser recurso de revisión y no de casación, no ha de tener esas modalidades que el Sr. Ossorio y Gallardo piensa; pero si así fuera, lo que el Sr. Ossorio podría hacer cuando se discuta el artículo sería formular las modificaciones y adiciones que estime conveniente; no ahora, cuando se discute un voto particular que nada tiene que ver con la cuestión que plantea el Sr. Ossorio.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): La tiene S.S. para rectificar.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Estamos conformes en lo sustancial: en que este procedimiento, y todos, deben ganar rapidez cuanto se pueda. Mi discrepancia está en que me parece que se ha exagerado el modo de realización de este anhelo y se han recortado de tal manera los plazos que ello va a conducir a verdaderas indefensiones. Yo me he atravesado en el voto

particular porque me parecía bastante rapidito lo del dictamen (El Sr. Villanueva: Y para Canarias y Baleares, mas tiempo todavía) Pues si aún no deja reducido esto a la mitad, repito que las complicaciones van a ser mas grandes de lo que supone la Comisión. Además, yo desearía que se me contestase concretamente a esta pregunta: el de interposición del recurso, ¿es un escrito razonado, o meramente formulario? (El Sr. Baeza Medina: Formuladio, es la interposición) Por ejemplo, el segundo motivo para recurrir es éste: violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión. ¿Es que no se va a exponer y explicar cuáles son esas violaciones? ¿Como ha concebido esto la Comisión? ¿No hay escrito explicativo alguno? (El Sr. Fernandez Clérigo: Le contestaré a S.S. ahora mismo, si me autoriza el Sr. Presidente).

El Sr. Vicepresidente (Barnés): Tiene su señoría la palabra.

El Sr. Fernandez Clérigo: Para dar viabilidad a la pretensión del Sr. Ossorio y Gallardo. Como individuo de la Comisión puedo formular voto particular con referencia a lo que antes era dictamen y mantenerle, en este concepto, en cuanto al plazo de formalización del recurso. Creo que eso es lo que apetece el Sr. Ossorio. Ese plazo le parece a S.S. muy breve y a mí también, y considero, por lo tanto, inadmisibile reducirlo. Aunque se trate de un recurso de revisión señores Diputados, es un recurso de revisión con causas tasadas: incompetencia de jurisdicción, violación de las formalidades esenciales del juicio e injusticia notoria, dentro de las cuales es indispensable emplazar el recurso, y al emplazarle dentro de las causas enumeradas en el texto de la ley, es preciso regularle; y para hacer un escrito que no es meramente formulario, sino un escrito emplazando el recurso (El Sr. Salazar Alonso pide la palabra), razonando las causas, el plazo de cinco días me parece absolutamente inadmisibile, y en esto estoy completamente de acuerdo con

la ilustrada opinión del Sr. Ossorio. Por consiguiente, mantengo como voto particular la redacción primitiva del dictamen en cuanto al plazo para presentación del recurso.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): El Sr. Salazar Alonso tiene la palabra.

El Sr. Salazar Alonso: Vamos a no confundir, porque cuando nosotros hablamos del plazo de cinco días que ha defendido el Sr. Baeza Medina, es porque creemos que para el recurso de revisión basta con decir que se plantea y, por tanto, con cinco días hay bastante. Como éste es el criterio que ha predominado, es preciso salir al pasp de una confusión, porque nosotros creemos que si hubiera que razonarlo serían poco esos cinco días (El Sr. Fernández Clérigo: ¿Y dónde se razona esto, Sr. Salazar Alonso?) Perdone S.S., porque estamos fijando, como quería el Sr. Ossorio, los criterios, para que cada cual, al sostener un voto particular, o al votar, sepa la opinión de la mayoría de la Comisión, que es que basta el escrito para interponer el recurso, que se remitan los autos al Supremo, que se señale la vista y que allí se hagan las alegaciones pertinentes. Este es nuestro criterio, acertado o equivocado -no hago más que relatar el de la mayoría-, para que quienes estén conformes con que sea así, vean que el plazo está bien; para que quienes crean que debe razonarse, formalizarse, desarrollarse, puedan optar por el plazo superior; pero que sepamos que el criterio de la mayoría de la Comisión es simplemente de interposición, de revisión de autos, de señalamiento de vista, para que en ella se hagan las alegaciones.

Me he permitido hacer estas consideraciones para que no haya equívocos y el voto aquí se emita de acuerdo con lo que cada cual desee.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): La tiene S.S.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Agradezco al Sr. Salazar Alonso esta explicación que me ha dado, que aclara el punto que más me preocupaba, pero ahora le digo que eso no puede ser, porque entonces el escrito, Sr. Salazar Alonso -S.S. que es un abogado experto póngase en la realidad-, el escrito de uno de los cónyuges es: "con arreglo al artículo tantos, interpongo recurso de revisión por violación de formalidades esenciales del juicio"; nada más, y el contrario no sabe cuál es esa violación y con los ojos vendados hasta el Tribunal Supremo donde de pronto, oralmente, el abogado apelante que pide la revisión, lanza sus razones y el otro no sabe de lo que le van a hablar. De modo que es un caso de indefensión. Si no hay tiempo para presentar un escrito en el que se aleguen las razones y en lo menester se fundamenten, resultará siempre indefensa la otra parte. Esto es lo que yo quiero que examinen mis compañeros.

El Sr. Salazar Alonso: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): la tiene S.S.

El Sr. Salazar Alonso: Seguramente mi intervención ahorrará otras. Yo había señalado, con la lealtad debida en la discusión, cuál era el pensamiento de la Comisión; pero si se estima que es necesario todavía un mayor razonamiento para que quien vaya a la vista tenga noticias del fundamento de revisión, nosotros aceptaríamos el plazo de diez días, pero añadiendo "para interponer y formalizar" (El Sr. Ossorio y Gallardo: Exacto) Era necesario, como decía el Sr. Ossorio y Gallardo, que conociéramos los dos criterios para llegar a uno, como podemos llegar por medio de esta fórmula. Por lo tanto, me permito rogar que se acceda a decir "para interponer y formalizar en diez días", que creo es plazo suficiente.

El Sr. Ossorio y Gallardo: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): la tiene S.S. para rectificar nuevamente.



El Sr. Ossorio y Gallardo: El Sr. Presidente tiene que extremar su bondad, porque estos diálogos facilitan la aclaración del texto que se discute.

Sr. Salazar Alonso, todavía le voy a regalar a S.S. y a la Comisión cinco días, ya que tantos deseos, justificadísimos, tiene de ganar tiempo. Manténgase el plazo de diez días para interponer y formalizar el recurso ante la Audiencia es decir, para explicar las razones; y, en cambio, el término de comparecencia ante el Supremo redúzcase de quince a diez días, porque en ese no hay nada que razonar y con diez bastan.

El Sr. Baeza Medina: Pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): la tiene S.S.

El Sr. Baeza Medina: Para decir, como primer firmamento del voto particular, que entendiéndose la interposición del recurso como formalización del mismo, nosotros ampliamos el término de cinco días a diez, con el fin de que no haya discrepancia en la Comisión. Es decir, diez días para interponer y formalizar; diez para personarse y un mes para el señalamiento de vista en el Supremo.

El Sr. Vicepresidente Barnés): Espero que la Comisión dará forma al acuerdo.

El Sr. Fernández Clérigo: pido la palabra.

El Sr. vicepresidente Barnés: la tiene S.S.

El Sr. Fernández Clérigo: Me parece que en la generosidad del Sr. Ossorio y Gallardo, que yo aplaudo, ha habido una inadvertencia, y es el término para comparecer en los recursos que procedan de las Islas Canarias y Baleares. Creo que será preciso ampliarlo y aclararlo. Téngase en cuenta que en esta materia no hay preceptos supletorios de la ley de Enjuiciamiento civil, porque es un recurso de revisión que en ninguna parte está previsto (El Sr. Ossorio y Gallardo: Si acudimos a la ley de Enjuiciamiento civil serán cincuenta días) Invito, por tanto, a los señores de la Comisión a que

recojan esta indicación mía, que no quiero llamar sugerencia huyendo de una palabra demasiado de moda.

El Sr. Baeza Medina: pido la palabra.

El Sr. Vicepresidente (Barnés): la tiene S.S.

El Sr. Baeza Medina: Para decir que, en vista de las manifestaciones atinadísimas que aquí se han hecho respecto al término para personarse en el Tribunal Supremo en los casos de Baleares y Canarias, la Comisión declara modificado el dictamen en los siguientes términos: Donde dice: "transcurrido este plazo" -el de interposición, formalización y notificación de las resoluciones que se dicten- se remitirán los autos, etc., en término de diez días", se añade este párrafo: "Este plazo será de quince días para los pleitos procedentes de las islas Baleares, y de veinte para los de las Islas Canarias". Luego sigue igual el dictámen".

Redactado por la Comisión el artículo 53 del dictamen conforme a las distintas propuestas señaladas en esta discusión, fue aprobado por la Cámara en su nueva redacción (786).

b) Formalización del recurso de revisión por cualquiera de las tres causas que taxativamente señala el artículo 57 de la Ley de Divorcio:

Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57 de la Ley de Divorcio, el recurso de revisión que dicho precepto establece contra la sentencia que sobre la materia dicten las Audiencias, por cualquiera de las causas contenidas en el mismo, necesariamente ha de "interponerse" y "formalizarse" mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia contra la cual el recurso, dentro del plazo improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación, escrito que cumpliendo lo que ordena el artículo 49 de la citada ley de Divorcio deberá ir suscrito por abogado y procurador que ostenten, respectivamente, la defensa y representación

de la parte a cuyo nombre se plantee el recurso (787), no bastando expresar el propósito de utilizarlo, ni tampoco la mera cita de la causa o causas en que se apoya de las tres señaladas en el mentado artículo, sino que, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, el primer requisito para poder admitir y estimar el recurso de revisión que el citado precepto autoriza es que esté legalmente formalizado, esto es, fundamentado, y, por tanto, en ese momento procesal, ha de fijarse de modo claro y preciso cuáles de las causas establecidas en el mismo sirven de fundamento y apoyo a la pretensión que se aduce (788), siendo preciso exponer y razonar, en forma concreta, los hechos y fundamentos en que se apoya, planteando los términos en que se ha de desenvolver el debate en el informe oral ante el Tribunal Supremo (789), para que, de esta suerte, pueda el recurrido oponerse con conocimiento de causa y el Tribunal Supremo apreciar el fondo o motivos de impugnación contra la sentencia recurrida (790), determinando la no formalización del recurso de revisión con los requisitos que implícitamente exige el artículo 57 de la Ley de Divorcio un vicio procesal que imposibilita el ejercicio de las facultades revisoras del Tribunal Supremo (791).

c) Tramitación del recurso de revisión por cualquiera de las causas que taxativamente señala el artículo 57 de la Ley de Divorcio ante el Tribunal Supremo:

Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57 de la Ley de Divorcio, cumplido el trámite de interposición y formalización del recurso de revisión por cualquiera de las tres causas que dicho precepto enumera mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia contra la cual se recurre dentro del plazo improrrogable de diez días desde el siguiente al de su notificación, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes por término de diez días -quince para los pleitos procedentes de las islas Baleares y veinte para los de las Islas Canarias- para comparecer y personarse ante el mismo: Recibidos los autos en el Tribunal

Supremo, Sala Primera, y personando el recurrente, se mandará traer a la vista, previa instrucción de las partes personadas y del ponente por término de cinco días a cada uno, señalándose la vista dentro del mes siguiente, y una vez celebrada ésta, se dictará sentencia en el plazo de diez días.

9.2.3.2. Recurso de revisión por "incompetencia de jurisdicción":

La jurisdicción constituye un requisito procesal, el primero y más importante de los requisitos procesales: Para que un Tribunal pueda examinar en cuanto al fondo una pretensión es necesario que tenga jurisdicción, esto es, que, por su fundamento, tenga atribuida su conocimiento: Atribuida a la jurisdicción ordinaria competencia única para conocer con efectos civiles en las causas de separación y de divorcio tras la vindicación por el poder civil de las funciones de soberanía relativas al orden jurisdiccional en materia matrimonial, y, en especial, de las atribuciones de que el Estado había hecho dejación en manos de la Iglesia en esta materia (792), quedaban relegadas las competencias que se pudieran suscitar entre la jurisdicción ordinaria y los Tribunales eclesiásticos, así como los conflictos jurisdiccionales entre la jurisdicción ordinaria y otras jurisdicciones especiales enmarcadas en órganos del Estado con sus esferas de atribuciones propias.

Delimitada la jurisdicción a que corresponde el conocimiento de una pretensión, es necesario precisar el órgano que, dentro de esa jurisdicción, tendrá, atribuida competencia para el conocimiento de tal pretensión, y estudiadas ya las reglas especiales establecidas por la ley de Divorcio para determinar este requisito procesal de la competencia judicial para instruir y resolver, respectivamente, de las demandas de separación y de divorcio, reglas que regulen igualmente las competencias que se pudieran suscitar entre los distintos órganos existentes dentro de la jurisdicción ordinaria a que corresponde el conocimiento de las causas de separación y de divorcio, se vieron

de igual forma las normas de competencia territorial para saber a qué Juez o Tribunal le corresponde el conocimiento del pleito o acción con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado a quienes viene atribuida la competencia para el conocimiento de estas causas, resolviéndose los conflictos jurisdiccionales que pudieran surgir entre los mismos conforme a las reglas especiales de competencia territorial contenidas asimismo en la Ley de Divorcio y que fueron ya expuestas en otro lugar (793).

9.2.3.3. Recurso de revisión por "violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión":

a) Formalización del recurso de revisión por violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión.

El primer requisito para poder admitir y estimar el recurso de revisión por violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión es, conforme a la teoría general expuesta, que esté legalmente formalizado, es decir, fundamentado, y, por tanto, en ese momento procesal, se ha de invocar, en el supuesto de que se alegue la existencia de un vicio procesal que ha causado indefensión al recurrente, la causa segunda del artículo 57 de la Ley de Divorcio como fundamento y apoyo de la revisión que se pretende de la sentencia recurrida (794), siendo preciso exponer y razonar, en forma concreta, cuáles puedan ser las formalidades esenciales del juicio que hayan sido violadas por el Tribunal sentenciador y de cuya inobservancia se hubiera derivado indefensión (795).

b) Requisitos que han de concurrir conjuntamente para que pueda prosperar esta causa de revisión:

Conforme a una constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario, para que haya lugar a la

revisión por el número segundo del artículo 57 de la Ley de Divorcio, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º: Existencia de un vicio procesal que supone la violación de las formalidades del juicio.

2º: Que a tal quebrantamiento procesal se haya seguido la indefensión del recurrente, y no la de otras personas que no intervengan en el juicio (796).

Como se declara en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero de 1933, cuando el recurso se fundamenta en la causa segunda del artículo 57 de la Ley de Divorcio, esto es, "violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión", se deduce, del más ligero examen que, "su concepto, tan literal como jurídico, se funda sobre un vicio procesal que supone la violación de esas normas esenciales de tal suerte que provoque la indefensión de cualquiera de los litigantes, mas no la de otras personas que no intervengan en el juicio" (797).

Es asimismo constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que, tanto en tema de casación como en el de revisión, es necesario, para que una parte litigante pueda alegar con éxito su indefensión, que haya solicitado oportunamente la subsanación de la falta procesal que supone quebrantó las formalidades esenciales del juicio produciendole indefensión (798), siendo igualmente necesario, para que haya lugar a la revisión por el número segundo del artículo 57 de la Ley de Divorcio, que los defectos procesales que alegue el recurrente y que constituyan violación de las formalidades esenciales del juicio, no hayan sido consentidos en la instancia y que, además, hayan producido indefensión (799).

De existir, naturalmente, una violación de las formalidades esenciales del juicio que hubiere producido indefensión

a la parte recurrente, este quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio impediría al Tribunal Supremo entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

9.2.3.4. Recurso de revisión "por injusticia notoria":

a) Naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria:

En la sesión del día 23 de Febrero de 1932 -NUM. 121- se leyó un voto particular de los Sres. Pita Romero y Villanueva al artículo 53 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponiendo la siguiente redacción del mismo:

"Contra la sentencia se podrá interponer recurso de casación ante el Tribunal supremo por las causas en que procede en los juicios de menor cuantía, sin perjuicio de lo cual será inmediatamente ejecutiva la que pronuncie el Tribunal de instancia" (800):

Para el Sr. Villanueva, los dos primeros motivos del recurso de revisión que se establecen en el dictamen son los del recurso de casación por quebrantamiento de forma, y el de injusticia notoria, que se puede referir a que no se han aplicado bien los preceptos de la ley sustantiva, o a que no se ha apreciado bien la prueba, a que ha habido error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, no es más que un recurso de apelación disfrazado, con lo cual se viene a contrariar el principio de instancia única en que se funda la Ley como norma a seguir en esta clase de juicios, de ahí que propugne la desaparición por completo de este recurso de revisión, remitiéndose en cuanto a la posibilidad de entablar el recurso de casación a las causas en que el mismo procede en los juicios de menor cuantía, en que no cabe el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, sino únicamente por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio:

"... Los firmantes del voto particular creemos que ese recurso de revisión que se establece en el dictamen debe desaparecer por completo, porque hace la justicia cara y, además, no la hace rápida, y baratura y rapidez son las circunstancias necesarias para que la justicia sea bien administrada.

Este recurso de revisión que establece el artículo 53 no es más que un recurso de apelación disfrazado, ni más ni menos. No es un recurso de revisión porque tiene tres fundamentos: primero, la incompetencia de jurisdicción; segundo, la violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubieren producido indefensión, y tercero, injusticia notoria. Los dos primeros fundamentos son los del recurso de casación por quebrantamiento de forma. El último, injusticia notoria, se puede referir a que no se han aplicado bien los preceptos de la ley sustantiva, o a que no se ha apreciado bien la prueba o a que ha habido error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. Por tanto, el recurso no es, ni más ni menos, como he dicho antes, que el de apelación ante el Tribunal Supremo.

Por la Comisión se ha dicho repetidas veces que deseamos llegar a la instancia única, Pues bien, en este artículo establecemos una doble instancia, contraria a los principios de vosotros, los socialistas, que queréis exclusivamente la instancia única, como es lógico. En este artículo, léase como se quiera, se establece un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, desnaturalizándose por completo, porque ante el Tribunal Supremo no procede más que el recurso de casación (El Sr. Piñuela: Y el recurso contra las resoluciones de los Tribunales industriales) El recurso contra las resoluciones de los Tribunales industriales, cuando se exceda de una cantidad determinada, se ve ante las Salas de lo civil de las Audiencias territoriales; y cuando exceda de esa cantidad se ve ante el Tribunal Supremo, pero debe fijarse el Sr. Piñuela que en esa resolución que se recurre hay hechos



probados.

Repito que el recurso que se establece en este artículo es una apelación, y nosotros, que queremos exclusivamente instancia única y que la justicia sea barata y rápida, creemos que autorizar este recurso es tanto como desnaturalizar por completo el criterio de la Comisión que propugna por la injusticia única":

Sin entrar en el debatido tema de la naturaleza jurídica del recurso de revisión por injusticia notoria, el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión de Justicia, señala como razón tenida en cuenta por la Comisión para rechazar este voto particular la de que al mantener el juicio de menor cuantía y establecer la revisión, no se cierra la posibilidad de enmendar aquellos motivos de injusticia notoria que hayan podido producirse:

"... A la Comisión, por lo menos a este modesto miembro de ella, le pasa ahora lo que temía el Sr. Ossorio y Gallardo que ocurriera con el escrito de revisión: que presentando a última hora, sin razonamientos, podríamos estar en el trance de no saber qué contestar; porque es lo cierto que mi querido amigo el Sr. Villanueva, que ha aportado sus grandes conocimientos y su profunda experiencia a nuestras deliberaciones, no nos ha planteado esta cuestión hasta esta misma tarde. Es posible, por lo tanto, que al contestar no me encuentre con las armas tan bien afiladas como requiere una contestación al Sr. Villanueva, dado su fino ingenio. Pido perdón, pues, por la improvisación obligada.

No podemos nosotros aceptar el voto particular, porque entre la duda del momento y el recurso del tiempo que ha estado sobre la mesa y a discusión este asunto, sin que se haya ocurrido la modificación, creemos que hay más motivo de acierto en la redacción que la serenidad produjo que en la que ha surgido al correr de una tarde; y además, porque

nosotros, al mantener el juicio de menor cuantía y establecer la revisión, no cerramos la posibilidad de enmendar aquellos motivos de injusticia notoria que hayan podido producirse.

Estimamos que un recurso de casación, establecido así, simplemente, sin un trámite especial, dejando, por lo tanto, subsistentes todas las disposiciones supletorias de la ley de enjuiciamiento civil, convertiría este procedimiento en un procedimiento más, en un procedimiento retardatorio, en una serie de trámites que al aceptarse este voto particular quedarían subsistentes, mientras que al establecer que el juicio de revisión se tramite propia y adecuadamente, es natural que excluyamos la legislación supletoria.

El voto particular del Sr. Villanueva, de quien estoy seguro de que no está enfadado y de que me atiende con atención, dice que contra las sentencias se podrá interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo por las causas en que proceda en los juicios de menor cuantía, sin perjuicio de lo cual será inmediatamente ejecutoria la que pronuncie el de instancia. Además, nosotros queríamos darle, sin perjuicio del tiempo, mayor amplitud a una posible revisión, buscando la depuración de la justicia dentro de la rapidez, mientras que el Sr. Villanueva limita más el recurso al recordar los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil.

Y no quiero recoger alguna frase verdaderamente irónica respecto a no considerar adecuado hablar de casación en un pleito de divorcio. Estos son los motivos que hemos tenido para no aceptar el voto particular de nuestro querido amigo el Sr. Villanueva":

Aun cuando el Sr. Villanueva insiste en que el recurso de revisión por injusticia notoria no es ni más ni menos que una segunda instancia, opta por retirar este voto particular:

"... Para contestar a mi querido amigo e ilustre compañero

el Sr. Alonso. Nosotros, los firmantes de este voto particular el Sr. Pita Romero y yo, hemos propuesto este voto después de haber denegado la Cámara lo referente a las Salas de lo Civil de las Audiencias territoriales, y después de las manifestaciones que se han hecho por parte de la Comisión y muy especialmente por el Sr. Baeza Medina, diciendo que lo que en este proyecto se requería era exclusivamente la instancia única, y después de las manifestaciones del Sr. Baeza Medina, recogidas por la Comisión, afirmando que el proyecto se establecía la instancia única, fue cuando tanto el Sr. Pita Romero como yo resolvimos formular el voto particular, pidiendo la supresión del recurso de la revisión, que no es ni más ni menos que una segunda instancia.

No está en lo cierto mi querido amigo el Sr. Salazar Alonso al decir que el recurso de casación es mucho más amplio que el de revisión; porque el recurso de casación en juicios de menor cuantía no se da por infracción de ley; únicamente se da por quebrantamiento de forma, que es igual a los dos puntos a que se contrae el dictamen de la Comisión, que son: la incompetencia de jurisdicción y la violación de las formas esenciales del juicio que produzca indefensión; pero queda el tercer punto, que es la injusticia notoria, que no puede ser objeto del recurso de casación, sino del de apelación. Y como no quiero molestar más en manera alguna a la Comisión ni a la Cámara, no tengo inconveniente en retirar el voto particular" (801).

Una fórmula más amplia que la propuesta por los Sres. Pita Romero y Villanueva, y más estrecha que la admitida por el texto del dictamen, es la suscrita por el Sr. Puig de Asprer que proponía en una enmienda la siguiente redacción de las causas tercera del artículo 53 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio:

"3ª: Infracción de ley, por violación, interpretación

errónea o aplicación de la presente; incongruencia del fallo con las pretensiones de los litigantes o del Ministerio fiscal, o improcedente denegación de la excepción de cosa juzgada" (802):

Para el Sr. Puig de Asprer, si se admite el recurso de revisión por injusticia notoria para todos los casos, resultará que el recurso no será de revisión, sino de apelación, y habrá doble instancia en vez de la instancia única, y de ahí su propuesta de que en el número tercero de este artículo se hable de los casos en que proceda el recurso de casación por infracción de ley, es decir, sería un recurso de casación por infracción de ley, pero llamándolo de revisión:

"... He de defender muy bravemente esta enmienda, puesto que el caso a que se refiere es de una claridad meridiana.

Nos hemos pasado la tarde entonando cánticos en honor de la instancia única, y si no se acepta esta enmienda, resultará que establecemos la doble instancia. Si se admite el recurso de revisión por injusticia notoria para todos los casos, resultará que todos los juicios acabarán en el Tribunal Supremo (El Sr. Villanueva: Evidente).

Estoy conforme con que a los recursos de casación se les dé otro nombre en las causas de divorcio, siquiera para evitar la palabra en un juicio de divorcio; me parece bien que se hable de revisión y que el trámite sea más breve; pero admitir la revisión para los casos de injusticia notoria es, a mi juicio, lo mismo que admitirla para todos los casos, y por consiguiente, establecer un recurso de apelación; admitir la doble instancia.

Por eso propongo yo que en el número 3º del artículo que se está discutiendo, en lugar de la fórmula arcaica y genérica, que nada significa, de injusticia, se hable de los casos en que proceda el recurso de casación por infracción

de la ley, y así habrá revisión por quebranto de forma, según se establece en los números 1º y 2º de este artículo y, además por todas las infracciones de la Ley, es decir, todo, como el recurso de casación, pero llamándolo de revisión. Todo menos establecer ese recurso de revisión con una fórmula tan general como la de "injusticia notoria", que nada significa":

En nombre de la Comisión, se rechaza por el Sr. Quintana de León esta enmienda por entender que es la naturaleza específica del recurso de revisión hay que dar una mayor amplitud a la actuación y decisión del Tribunal Supremo:

"... Sencillamente para decir a nuestro querido amigo el señor Puig de Asprer que la Comisión lamenta mucho no poder aceptar su enmienda, porque entiende que en la naturaleza específica del recurso de revisión hay que dar una mayor amplitud a la actuación y decisión del Tribunal Supremo, no pudiendo determinarse taxativamente los motivos del recurso como parece desprenderse de la enmienda del Sr. Puig de Asprer que, en vez de determinar lo que corresponde a la naturaleza del recurso de revisión, lo que viene a determinar es el recurso de casación; y por sostener la Comisión el criterio de que el recurso que se dé contra las sentencias dictadas por la Audiencia provincial son recursos de revisión, en el sentido jurídico que a la revisión concedemos, no podemos establecer este casuismo que S.S. propone, y que por venir de S.S. es muy interesante y hubiera sido admitido por la Comisión a no desnaturalizarse con él el recurso que la Comisión propone":

No siendo tomada en consideración esta enmienda del Sr. Puig de Asprer (803), puede verse cómo ni el Sr. Salazar Alonso ni el Sr. Quintana de León, en sus respectivas intervenciones oponiéndose al voto particular de los Sres. Pita Romero y Villanueva y a la enmienda del Sr. Puig de Asprer, señalan

cuál sea el alcance del recurso de revisión por injusticia notoria, de ahí que, una vez leído por la Comisión la nueva redacción dada al artículo 53 del dictamen, y antes de procederse a su votación, preguntara el Sr. Ossorio y Gallardo a la Comisión que, por vía de interpretación auténtica, se sirviera decir qué era, a su entender, la causa de injusticia notoria: A esta pregunta se limita la Comisión a señalar, por boca del Sr. Baeza Medina, que, precisamente por haberse instaurado el principio de instancia única, lo que se ha querido es que el recurso de revisión por injusticia notoria que cabe ante el Tribunal Supremo tenga un sentido de amplitud que no tendría el recurso de casación:

"... La Comisión no debe hacer definiciones; me parece que no es ésta su misión; pero, en definitiva, lo que debe decir es lo siguiente: precisamente porque ha establecido la instancia única, ha querido que el recurso que quepa ante el Tribunal Supremo tenga un sentido de amplitud y, si se quiere, de modernidad, que no tendría, Sr. Ossorio y Gallardo, el recurso de casación, limitado, como S.S. sabe perfectamente. Y precisamente porque ha ido a la Audiencia provincial el fallo de los pleitos de divorcio, por la razón fundamental de relaciones directamente al litigante con el Tribunal que ha de juzgar, porque eso permite mayor rapidez, mayor facilidad y más economía en la tramitación de estos asuntos, precisamente por esto resulta paradójico y contradictorio el que quienes proponían porque fuese la Audiencia territorial la que resolviera, basándose en que ofrece mayores garantías de acierto, por el mayor tecnicismo y por la mayor especialización de los juzgadores, sean ahora los que quieren limitar el concepto del recurso que quepa ante este fallo en instancia única. Es decir, que si se hubiera admitido que los más técnicos, los más especializados, como sostenían los Sres. Ossorio y Gallardo y Sánchez Román, fueran los que juzgasen, todavía se comprendería que, lógico con este criterio, el Sr. Ossorio y Gallardo se levantara aquí a disminuir, a restar el recurso

que cupiera contra estas sentencia; pero lo que la Comisión quiere, Sr. Ossorio y Gallardo -y el concepto de injusticia notoria ya de por sí tiene una aceptación gramatical bastante clara para que una persona del buen juicio y del talento de S.S. lo comprenda-, es que ese recurso sea amplio, porque es lo que corresponde y armoniza con la instancia única que se lleva a este procedimiento, modernizándolo, abaratándolo y haciéndolo más rápido. Esa es la contestación que puede dar la Comisión":

Para el Sr. Ossorio y Gallardo, si en este recurso pueden distinguirse el derecho y los hechos, queda claro que es una apelación, una segunda instancia:

"... Una palabra. Yo supongo que la argumentación con que me ha obsequiado mi amigo el Sr. Baeza Medina la traía prepar\_ da para otro, porque para mí no es. Como yo no he dicho nada contra estos recursos, no estoy en contradicción conmigo mismo en mi intervención anterior. Yo me he limitado a una cosa muy sencilla: a preguntar qué alcance tiene, en sentir de la Comisión, el recurso de injusticia notoria, que ya era obscuro en tiempos de Felipe V. Yo no he dicho más; de manera que el resto de los argumentos del Sr. Baeza Medina los guardaré, con la atención que todo lo suyo merece, por si alguna vez son pertinentes a mis alegaciones y los necesito. Yo me limitaré a preguntar eso (El Sr. Baeza Medina: El fallo notoriamente injusto) ¿Se podrán, pues, discutir el derecho y los hechos? Pues eso es una apelación; segunda instancia. Pero que quede eso claro (El Sr. Ministro de Justicia: Todo el mundo sabe lo que es injusticia manifiesta; en cambio, lo que sabe poca gente es lo que es casación, que es una cosa formalista y puramente técnica) Es claro; ¡como que son cosas distintas! De manera que quede sentado que es una nueva instancia (El Sr. Baeza Medina: Es una revisión, que no es casación, y S.S. quiere hacerlo sinónimo de casación

y no lo es) ¡Si yo no quiero eso! Lo que quiero es que quede bien definido que se puede discutir el derecho como en casación, pero, además, los hechos y las pruebas. ¿Está claro? Muy bien. Apelación (Rumores)" (804)

Quedaba, pues, a la doctrina jurisprudencial la tarea de determinar el alcance y naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria, y ésta, en un primer momento, vino a declarar acerca de la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria,

"... Que el recurso de revisión que la causa tercera del artículo 57 de la ley del Divorcio autoriza contra las sentencias pronunciadas por las Audiencias, precisa que no llegue a confundirse con el de apelación, que es aquél que se concede a la parte que se considere agraviada por una resolución judicial para someter a un Juez o Tribunal superior el conocimiento íntegro de la cuestión resuelta, porque la finalidad que se propuso la indicada ley, en orden al procedimiento (artículos 46 al 55), no fue otra que la de establecer un juicio declarativo ordinario, con garantías suficientes para la defensa de las partes, pero simplificando sus trámites y de instancia única, y siendo ello así, es evidente que el recurso de que se trata no es ni puede ser el de apelación ni similar a este, que no encajaría dentro de la competencia de esta Sala, que no es de segunda instancia, y sí, como la propia ley denomina, de revisión por injusticia notoria, recordando, sin duda, el con el mismo nombre ordenado en la Novísima Recopilación y alguna legislación extranjera, este es, un medio extraordinario concedido a una persona perjudicada por una sentencia manifiestamente dictada por infracción, clara, evidente, dé un precepto legal, o con una apelación de la prueba a todas luces errónea, contrariando las leyes de la lógica" (805):

Esta orientación inicial de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 20 de Diciembre de 1932



acerca de la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria es seguida en sentencias posteriores que, en iguales términos, vinieron a declarar:

"... Que según tiene declarado reiteradamente esta Sala, en constante y uniforme jurisprudencia, el recurso de revisión que autoriza la causa tercera del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, contra las sentencias pronunciadas por las Audiencias en los pleitos de divorcio o de separación de personas y bienes, no debe confundirse con el de apelación, ya que éste se concede a la parte que se considera agraviada por una resolución judicial para someter a un Juez o Tribunal superior el conocimiento íntegro de la cuestión resuelta, y el recurso de revisión por injusticia notoria es tan sólo un recurso extraordinario concedido en un juicio de instancia única al litigante que se crea perjudicado por una sentencia manifiestamente dictada por infracción clara, evidente, de un precepto legal, o en virtud de una apreciación de la prueba a todas luces errónea, contrariando abiertamente las leyes de la lógica (806):

De esta doctrina, pueden seguirse las siguientes conclusiones:

1ª: Que la finalidad de la ley especial de divorcio, en orden al procedimiento, no fue otra que la de establecer un juicio declarativo ordinario, con garantías suficientes para la defensa de las partes, pero simplificando sus trámites y de instancia única.

2ª: Que, consecuentemente, es evidente que el recurso de que se trata no es ni puede ser el de apelación ni similar a éste, que no encajaría dentro de la competencia del Tribunal Supremo, que no es de segunda instancia (807).

3ª: Que el recurso de revisión por injusticia notoria

es un medio extraordinario concedido en un juicio de instancia única al litigante que se crea perjudicado por una sentencia "manifiestamente" dictada por infracción clara, evidente, de un precepto legal, o con una apreciación de la prueba a todas luces errónea, contrariando abiertamente las leyes de la lógica (808).

4ª: Esta doctrina acerca de la naturaleza jurídica del recurso de revisión mantenida por el Tribunal Supremo no cierra en absoluto toda posibilidad de revisión de las sentencias de las Audiencias, pues, en definitiva, como se ha de ver, su aplicación por el Tribunal Supremo no hace sino recordar su doctrina sobre el recurso de casación, recurso que sirvió de punto de partida en la discusión parlamentaria sobre el tema.

b) Formalización del recurso de revisión por injusticia notoria:

De los términos empleados por el mismo artículo 57 de la Ley de Divorcio, de la discusión mantenida en las Cortes Constituyentes y de la doctrina con repetición sentada por el Tribunal Supremo se deduce que el primer requisito para poder estimar el recurso de revisión por injusticia notoria es, conforme a la teoría general expuesta, que esté legalmente formalizado, es decir, fundamentado, y, por tanto, en ese momento procesal, se ha de invocar, en el supuesto de que se alegue la injusticia notoria, la causa tercera del artículo 57 de la citada Ley de Divorcio como fundamento y apoyo de la revisión que se pretende de la sentencia recurrida, siendo preciso exponer y razonar los motivos determinantes a juicio del recurrente de la pretendida injusticia notoria que se atribuye al fallo combatido (809), consignando y concretando dónde radica la infracción, el error y la injusticia invocados, qué elemento o medio de prueba dejó de apreciarse o lo fue con manifiesta equivocación, y cuantos antecedentes y razonamientos puedan servir de guía al Tribunal y al recurrido para la discusión y resolución del recurso (810),

sin que este esencial requisito pueda tenerse por cumplido cuando el recurrente al interponer su recurso se limita a citar la causa expresada sin señalar como infringida disposición legal alguna, ni exponer error en la apreciación de la prueba, ni aducir las razones que demuestren la supuesta injusticia notoria que haya podido cometerse (811), o se limita a manifestar que lo hace por encontrar "la sentencia lesiva y no ajustada a derecho" (812) u otras locuciones y conceptos tan vagos e imprecisos (813), sin alegar ni razonar los motivos que se tengan para estimar notoriamente injusto el fallo recurrido.

Mas este requisito de la formalización hay que entenderlo, en definitiva, en el sentido que se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1933, que declara:

"... Que, si bien en el escrito de interposición del recurso, se cita el artículo 57, número tercero, de la ley de Divorcio y se emplea parquedad en los razonamientos, no hay motivo para tenerlo por no formalizado, ya que en él se discurre sobre la prueba practicada en el sentido de estimar justificado que el causante de la violación de los deberes conyugales fue el señor H.; no afectando a la exigencia de formalización la mayor o menor extensión ni el número de los razonamientos legales que aquel contenga" (814).

c) Extremos sobre los que concreta y limitadamente ha de versar el recurso de revisión por injusticia notoria:

Atribuyéndose a las Audiencias el conocimiento de la instancia en lo principal, esto es, la procedencia o improcedencia del divorcio o, en su caso, de la separación de personas y bienes de los cónyuges, y la declaración de culpabilidad, cuando proceda, del cónyuge que haya dado causa al divorcio o separación, o de los dos, en su caso, a ambos extremos a que tan solo se contrae su motividad procesal debe referirse el recurso de revisión que por injusticia notoria establece el

número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, sin que de ningún modo pueda estimarse comprendidas dentro de la órbita y alcance de este recurso todas las demás cuestiones que como incidentales se deben sustanciar y resolver por los trámites que la Ley especial de Divorcio establece en las oportunas piezas separadas, tales como las relativas a pensiones alimenticias (815), situación de los hijos con respecto al cónyuge que ha de conservarlos en su compañía (816) y cuantas incidencias puedan surgir (817), porque sobre estos particulares el Juez que conoce de las piezas separadas es el que tiene los elementos de juicio necesarios para adoptar las determinaciones que en cada caso y momento sean procedentes, elementos de juicio de los que carecería el Tribunal Supremo por no tener en los autos aquellos antecedentes indispensables para resolver con acierto de tales cuestiones.

Conforme a esta doctrina del Tribunal Supremo, la injusticia notoria que como causa para interponer el recurso de revisión señala el número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, debe afectar a las resoluciones principales y definitivas que dicte el Tribunal sentenciador, o sea, aquellas en que se decreta o se desestima el divorcio o separación de personas y bienes solicitado y declara la culpabilidad o inculpabilidad de uno o, en su caso, de los dos cónyuges litigantes, y no a las que por no tener ese carácter pueden ser modificadas en ejecución de sentencia (818). Consecuentemente, el recurso de revisión por injusticia notoria establecido en el artículo 57 de la Ley de Divorcio, en tanto podrá interponerse en cuanto la sentencia dictada por el Tribunal de instancia declare haber lugar o no a la petición de divorcio o separación solicitada por el actor conforme a las causas de separación y de divorcio establecidas en la misma, y, en este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 6 de Julio de 1933, resuelve no haber lugar al recurso de revisión promovido con arreglo a las causas segunda y tercera del artículo 57 de la referida Ley por la esposa demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal de instancia por no resolver el pleito de divorcio por ella

interesado, ya que se desentendió de la cuestión planteada en los autos para declarar la nulidad de todo lo actuado desde la interposición de la demanda, dejando así intacto y sin decidir el único problema sobre que se trabó la contienda:

"... Que, por referirse exclusivamente los juicios que cualquiera de los cónyuges pueda promover conforme a la Ley de 2 de marzo de 1932, a las causas de separación o de divorcio que en ella se establecen, y la sentencia que recaiga a estimar o no las oportunamente alegadas por las partes, es notorio que el recurso de revisión establecido en el artículo 57 de la citada ley, en tanto podrá interponerse por el actor deberá admitirse en pleito de divorcio, a cuya demanda se opuso el demandado, en cuanto la sentencia en él pronunciada declare no haber lugar al mismo, resolviendo congruentemente, y de un modo definitivo, acerca de lo solicitado por el demandante, y como la Audiencia de Pontevedra, al conocer del juicio de divorcio entablado por doña María G.G. contra su esposo don José G.F., en vez de resolver la cuestión planteada en los autos entre ambos consortes, se desentendió de ella para declarar en su resolución la nulidad de todo lo actuado desde la interposición de la demanda, que ninguna de las partes personadas en la litis había pedido, ni la ley de 2 de marzo de 1932 dispone, dejando así intacto y sin decidir el único problema sobre que se trabó la contienda, indudables es que, puesto que la sentencia recurrida por doña María G.G. no resuelve el pleito de divorcio por ella interesado, ni tiene, por tanto, carácter definitivo en los autos, tampoco puede ser su fallo objeto del recurso de revisión previsto en el artículo 57 de la ley de Divorcio, para el supuesto contrario, ni, en su consecuencia, cabe resolver el promovido con arreglo a las causas segunda y tercera del indicado precepto por doña María G., por faltar la materia que le es propia" (819).

d) Concepto, naturaleza y alcance de la injusticia notoria:

Según constante y reiterada doctrina establecida por el Tribunal Supremo, la injusticia notoria que, como causa de revisión, establece el número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, ha de consistir necesariamente "o en la absoluta disconformidad entre las resultancias procesales y las afirmaciones de hecho declaradas en la sentencia o en la evidente errónea aplicación del derecho a lo que, como verdad legal, se establece por la Sala sentenciadora" (820): La injusticia notoria ha de hallarse integrada, pues, por la palmaria, evidente e incontrovertible contradicción entre las resultancias de lo actuado y los hechos que se establezcan en la sentencia, o la indiscutible improcedencia del derecho aplicado a los hechos que como verdad legal se sienten en la combatida resolución (821):

De ahí que todo recurso de revisión de las sentencias pronunciadas por las Audiencias por injusticia notoria deba fundarse necesariamente en la absoluta y palmaria contradicción entre los hechos demostrados en el pleito y las afirmaciones "de facto" contenidas en la sentencia, o en los evidentes errores "de jure" que en la aplicación de las normas de derecho preestablecido por la Sala sentenciadora (822), sin que contra el criterio de la Sala sentenciadora, formado por su discurso lógico y racional, puede prevalecer el parcial de la parte naturalmente interesada en el éxito de su pretensión (823).

Acusada la injusticia notoria del fallo recurrido como causa de la revisión solicitada al amparo de la determinada en el número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, se impone la censura de todo el proceso para deducir la verdad jurídica, mas esta competencia del Tribunal Supremo para penetrar en el examen completo del juicio de instancia se entiende dentro de los límites y en el ámbito de la causa de injusticia notoria (824), que no afecta a la apreciación que en uso de su soberana facultad hace el Tribunal de Instancia de las pruebas que se practiquen sobre los hechos sometidos a su deliberación, sino a que se palentice y evidencie el palmario y evidente error por la Sala padecido, al no dar a los hechos su propia y natural

significación, o al no interpretar lógicamente o no aplicar, debiendo hacerlo, las disposiciones y preceptos que en aquella ley se consignan (825) y, por tanto, según reiteradísima doctrina jurisprudencial, no puede fundarse en una discrepancia de opiniones entre la apreciación que haga de las pruebas practicadas en el pleito el Tribunal sentenciador y el juicio que, con arreglo a su criterio, puedan merecer el recurso, sino que es preciso se evidencie la infracción cometida en la aplicación del precepto legal correspondiente o el error en la apreciación de la prueba, pues otra cosa sería dar valor al criterio personal del recurrente en oposición al seguido por la Sala sentenciadora en uso de la facultad soberana que a tal fin le está atribuida (826).

Esta misma doctrina jurisprudencial ha fijado el verdadero alcance y significación de la causa tercera del artículo 57 de la Ley de Divorcio como fundamento del recurso de revisión, sentando la doctrina de que la injusticia notoria a que aquélla se refiere ha de ser palmaria y evidente, sin que deje duda racional de la flagrante contradicción entre los hechos demostrados y la resolución del Tribunal sentenciador o de la evidente errónea apreciación jurídica a la situación de hecho afirmada en la sentencia (827), no pudiendo estimarse cuando se sustituya lo probado en autos por opiniones personales del recurrente (828):

Sentada esta doctrina que fija el alcance y significación de la injusticia notoria como causa de revisión de los fallos que dicten las Audiencias en esta clase de juicios, sólo en los casos en que resulte de un modo claro y patente el error en que haya podido incurrir la Sala sentenciadora al apreciar las pruebas practicadas o al calificar en derecho los hechos que se declaran demostrados será procedente estimar tal causa de revisión (829), que nunca podrá prosperar al amparo de un criterio particular opuesto al de la Sala sentenciadora si no se patentiza el grave error por ésta padecido en los términos antes expresados (830), pues así como la injusticia notoria ha de ser clara, patente e inequívoca, ya en la aplicación de

la Ley, ya en el análisis y estimación de las pruebas, el error de la Audiencia que se alegue para fundar tal injusticia ha de tener iguales caracteres de indudable y manifiesto para que tenga la excepcional eficacia de invalidar el fallo (831).

e) Elementos que integran la causa de revisión por injusticia notoria:

De este concepto que de la injusticia notoria sienta la doctrina jurisprudencial pueden deducirse las circunstancias o elementos que integran la causa de revisión por injusticia notoria a que se refiere el número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, a saber, "la manifiesta contradicción entre el resultado de la prueba y el fallo" o "la evidente equivocación en la aplicación de los preceptos de la Ley de Divorcio" (832):

1º: Error de hecho cometido por el Tribunal de Instancia en la apreciación de las pruebas por virtud del cual se desprende una conclusión distinta o contraria a la que arroje su resultado mediante un examen ponderado con arreglo a las leyes de la sana crítica:

Este error "de facto" supone una infracción de las reglas de la lógica en la apreciación de la prueba que revele la flagrante disconformidad entre lo resuelto y la inequívoca resultancia de lo actuado, bien porque se prescindió de algún elemento de prueba importante, bien desconectándola, bien no dándola su adecuado valor (833): De ahí que para que la injusticia notoria se puede apreciar como causa de revisión en orden a un supuesto error padecido por el Tribunal "a quo" en la estimación de las pruebas practicadas en el pleito, es preciso que este error sea manifiesto y evidente, con esencial contradicción entre el resultado de los elementos probatorios al juicio aportados y el fallo recaído (834), y en su virtud, no puede fundarse el concepto de tan calificada injusticia en la mera disparidad sobre la apreciación de las pruebas practicadas (835), ni en la apreciación de la prueba con distinto criterio al del juzgador



(836), pues la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria impone en casos en que se basa en error de hecho cometido por la Audiencia en la apreciación de las pruebas, no la mera oposición del personal criterio del recurrente el más autorizado del Tribunal de Instancia, sino una demostración cumplidísima del error alegado (837), individualizando y precisando los elementos que lo integran en términos que excluyen hasta la posibilidad de duda tanto respecto a la existencia del mismo como a que su estimación indebida ha sido la causa determinante de la injusticia contra la que se reclama (838), sin que merezca el concepto de tan grave error la estimación que haga la Sala sentenciadora de las pruebas practicadas, en uso de sus privativas facultades formando su imparcial criterio al que no es lícito oponer el sustentado por el particular del recurrente (839), cuando no aparece una evidente disconformidad entre la sentencia dictada y la resultancia del conjunto de las pruebas obrantes en el juicio (840), sin que pueda alegarse con éxito la injusticia notoria cuando lo actuado permita diversidad de apreciaciones, en cuyo caso ha de prevalecer siempre sobre el particular criterio el formado por la Sala sentenciadora (841).

2º: Error "de jure" cometido por el Tribunal de Instancia al calificar jurídicamente los hechos que la Sala estima probados:

Este error "de jure" consiste en la patente inaplicación del derecho adecuado a los hechos admitidos y declarados en la resolución objeto del recurso -no aplicar, debiendo hacervelo, en la indebida aplicación de los preceptos legales a la situación de hecho afirmada en la sentencia -aplicar, no debiendo hacerlo- o en la manifiesta aplicación errónea del precepto legal a las resultancias de facto acreditadas en la litis -No interpretar lógicamente-: La subsanación del hecho concreto bajo la norma legal aplicable se realiza con violación flagrante de derecho, y, por tanto, se produce una falta de correlatividad entre el hecho y el derecho.

---

(784) Los artículos 56 del proyecto de ley de divorcio y 53 del dictamen de la Comisión permanen-

te de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio disponían:

"Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, por alguna de las causas siguientes:

1º: Incompetencia de jurisdicción.

2º: Violación de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.

3º: Injusticia notoria.

El recurso se interpondrá mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación. Transcurrido este plazo, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazando a las partes para que comparezcan en término de quince días. Recibidos los autos y personado el recurrente, se mandarán traer a la vista, previa instrucción de las partes y del ponente, por término de cinco días a cada uno. Celebrada la vista, se dictará sentencia en plazo de diez días".

(785) Voto particular de los Sres. Baeza Medina y Moreno Mateo al artículo 53 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponiendo las siguientes modificaciones al párrafo último del mismo:

"El párrafo último del artículo 53 será modificado en el sentido de reducir a 5 días el término para interponer el recurso y a 10 el de comparecer ante el T.S.; señalándose a éste el plazo máximo de un mes, después de la instrucción de las partes, para la celebración de la vista" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 119).

(786) Discusión del voto particular de los Sres. Baeza Medina y Moreno Mateo al artículo 53 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio, así como del presentado por el Sr. Fernández Clérigo "in voce", y acuerdo de la Comisión para dar nueva redacción, según los términos de esta discusión, a este artículo 53 del dictamen: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3972-3977).

(787) "... Que para que se pueda entrar en el examen de la cuestión de fondo que es materia de este recurso es requisito indispensable con arreglo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Divorcio, que el recurso se haya interpuesto y formalizado mediante escrito presentado ante el Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida, dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación; escrito que cumpliendo lo que ordena el artículo 49 de la misma Ley, deberá ir suscrito por abogado y procurador que ostenten respectivamente la defensa y representación de la parte a cuyo nombre se plantee el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1129-.

(788) El recurso de revisión establecido en el artículo 57 de la Ley de Divorcio puede fundarse solamente en alguna o en varias de las causas taxativamente señaladas en el citado precepto legal, "no pudiendo ser objeto de examen y resolución ninguna otra que no haya sido invocada el interponer y formalizar el recurso", y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 81-:

Como señala, a su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1508-, queda sin formalizar el recurso que se limita a invocar el artículo 57 de la Ley de Divorcio, sin señalar causa alguna de las que en el mismo se expresan, sin que tal falta pueda repararse en el curso del procedimiento:

"... Que el recurso de revisión establecido en la ley de 2 de marzo de 1932 contra las sentencias que se pronuncian las Audiencias en los juicios de divorcio vincular, lo mismo que en los de separación de bienes y personas, necesariamente ha de "interponerse y formalizarse" mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, según dispone el artículo 57 de la citada ley, la que en ningún otro precepto permite la formalización del recurso, y, por tanto, en ese solo momento procesal ha de fijarse de modo claro y preciso cuál o cuáles de las causas establecidas en dicho artículo sirven de fundamento y apoyo a la pretensión que se aduce, exponiendo las razones que, a juicio de la parte recurrente, la abonan, tanto más si se tiene en cuenta que la brevedad y rapidez del

procedimiento ante este Supremo Tribunal no consienten nueva exposición ni razonamiento escrito, y, por consiguiente, ha de llegar a él la contienda planteada en términos concretos y de la mayor precisión:

Que el escrito en que el Procurador D. entabló el recurso de revisión en nombre de Francisco V., ante la Sala de la Audiencia de la Coruña, contra la sentencia dictada por la misma en 5 de octubre último, por haberse limitado a invocar el artículo 57 de la precitada ley, sin señalar causa alguna de las que en el mismo se expresan, no da margen a razonamiento favorable ni adverso a sus pretensiones, por impedirle la falta de formalización, que ya no es reparable en el curso del procedimiento, ni hay posibilidad de combatir una resolución que, por consecuencia del indicado defecto, ha quedado sin impugnación, y forzosamente ha de prevalecer, por lo mismo que no es viable el recurso contra la misma interpuesto".

(789) "... Que, según tiene declarado este Tribunal Supremo, en perfecta armonía con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, el recurso de revisión que dicho precepto establece contra las sentencias que sobre la materia dicten las Audiencias, ha de interponerse y formalizarse mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, no bastando expresar el propósito de utilizarlo, ni tampoco la mera cita de la causa o causas en que se apoya de las tres señaladas en el mentado artículo, sino que es preciso exponer y razonar sucintamente los hechos y fundamentos en que se apoya planteando los términos en que se ha de desenvolver el debate en el informe oral ante la Sala, todo lo cual integra la formalización exigida por la Ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1589-.

(790) "... Que este Supremo Tribunal tiene reiteradas veces declarado que el recurso de revisión establecido en el artículo 57 de la Ley de divorcio ha de interponerse y formalizarse mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, siendo preciso exponer y razonar en forma concreta, los hechos y fundamentos en que se apoya para que, de esta suerte, pueda el recurrido oponerse con conocimiento de causa y esta Sala resolverlo, y como en el presente caso esos requisitos no se cumplieron es visto que procede la desestimación del recurso" Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 27 de Septiembre y 4 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1713, 1720, 94, 119, 1795 y 302-, 4 de Enero, 31 de Enero y 7 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 24, 82, y 290-, 31 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1128- y 3 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 523-:

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 87- declara: "... que esta sala viene reiteradamente declarando que, a tenor del artículo 57 de la Ley de Divorcio, no es suficiente "interponer" el recurso sino que se precisa "formalizarlo" como así claramente se preceptúa en el precepto citado, al objeto de que la discusión quede claramente establecida y pueda este Tribunal apreciar los motivos de impugnación contra la Sentencia recurrida; por lo que no habiendo cumplido la parte recurrente los requisitos formales antes expuestos procede no dar lugar al recurso".

(791) "... Que, este recurso, interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal competente, no se formalizó con los requisitos que implícitamente exige el artículo 57 de la Ley de Divorcio y que la jurisprudencia enseña, lo cual determina un vicio procesal que imposibilita el ejercicio de las facultades revisoras de esta Sala": Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1750 y 1764-; "... Que según tiene repetidamente resuelto este Supremo Tribunal no es suficiente para la viabilidad del recurso de revisión establecido en la ley de 2 de marzo de 1932, la sola interposición, sino que es necesario formalizarlo según expresa disposición del artículo 57 de la citada ley, en cuya virtud es forzoso desestimar el que aún interpuesto en tiempo, carece del mencionado requisito, haciendo imposible que prospere": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Septiembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1800-; "... Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Divorcio el recurso de revisión por cualquiera de las tres causas que dicho precepto enumera, habrá de interponerse y formalizarse mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia contra la cual se recurra, y observándose

por la simple lectura del escrito de interposición del presente recurso que le falta el requisito esencial de la formalización exigido de modo imperativo en la citada disposición legal, el recurso no puede prosperar siendo por ello innecesario entrar en el examen de la cuestión de fondo de fondo del mismo": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 227-; "... Que el artículo 57 de la Ley de Divorcio establece que el recurso de revisión se interpondrá y formalizará precisamente ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del plazo improrrogable de diez días, y en el caso de autos, aunque se hizo la manifestación de que se formulaba el recurso, éste no fue formalizado, por lo que, a tenor de tan terminante precepto de conformidad con lo establecido por la constante jurisprudencia de esta Sala, procede desestimarla": Sentencia del Tribunal supremo de 17 de Enero, 13 de Marzo, 14 de Marzo y 16 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 228, 609, 612 y 617-.

(792) Cfr. en capítulo primero, punto 3, el Decreto de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y divorcio y Reglas transitorias 3ª, 4ª y 5ª de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.

(793) Cfr. en este capítulo cuarto, punto 9, los apartados 9.1.1. y 9.2.2. a).

(794) "... Que para poder entrar en el estudio de si realmente se cometió o no el defecto procesal que se deja expuesto, sería preciso que hubiera sido requerido este Tribunal mediante la invocación de la causa segunda del artículo 57 de la Ley de Divorcio, dentro de cuyo ámbito se hallaría comprendida esa causa, si en realidad existiera; pero no habiéndose alegado, no cabe entrar en el examen de esa cuestión": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 598-.

(795) "... Que, aparte de no citar la esposa recurrente precepto alguno procesal que el Tribunal "a quo" haya infringido y de cuya inobservancia se hubiera derivado indefensión; omisión que sería suficiente para desestimar el recurso por la alegada causa segunda del artículo 57 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1789-; "... Que apoyado el presente recurso de revisión en las causas segunda y tercera del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, está sin formalizar por lo que se refiere a la primera de ellas, ya que no concreta cuáles pueden ser las formalidades esenciales del juicio que hayan sido violadas por el Tribunal de Instancia, lo que imposibilita a esta Sala para ejercitar en orden a dicha causa, sus facultades revisoras": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1376-.

(796) Cfr., en este sentido, las sentencias del Tribunal supremo de 25 de Febrero y 8 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1513 y 476 bis-, 9 de Marzo y 4 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 447 y 737-, 19 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2180- y 1 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 951-.

(797) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1470-.

(798) Cfr., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Marzo y 26 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 629 y 2475-.

(799) Cfr., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1860-.

(800) En los juicios de menor cuantía no se daba lugar al recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, sino que únicamente procedía el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio: Artículo 1694 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su redacción originaria.

(801) Discusión del voto particular suscrito por los Sres. Pita Romero y Villanueva al artículo 53 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VII, p. 3974-3975.

(802) Cfr. diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 107.

(803) Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer al artículo 53 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Cfr. diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3976.

(804) Intervención del Sr. Ossorio en la discusión del artículo 53 del dictamen rogando a la Comisión se sirviera decir, por vía de interpretación auténtica, qué era, a su entender, la causa de injusticia notoria y contestación, en nombre de aquella, del Sr. Baeza Medina: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3976-3977.

(805) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1370-.

(806) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2163-, y 16 de Enero, 20 de Febrero y 23 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 93, 346 y 1143-.

(807) "... Que la esencia de este recurso extraordinario y característico no descansan en la sustitución de las facultades críticas de la Sala sentenciadora en orden a la subsunción del hecho bajo la norma, sino en un examen de revisión conducente a determinar si el Juez propio de la causa indicó en manifiesto error al discriminar el caso, dados los elementos de conocimiento aportados y los preceptos legales aducidos": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1741-.

(808) Esta doctrina del Tribunal Supremo ha configurado la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria, estimándolo como "un medio de carácter singular, otorgado por la Ley de Divorcio al que sintiéndose agraviado por el fallo dictado por el Tribunal de instancia evidencie notoriamente la errónea apreciación hecha en la sentencia de las pruebas por estar efectuada en abierta oposición a la que según criterio racional surja ostensible de los autos, o la manifiesta infracción legal que dicho Tribunal "a quo" cometiera en la resolución impugnada al apreciar o no determinado precepto legal a la reconocida situación de hecho", y en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero, 7 de Marzo, 28 de Marzo, 31 de Mayo, 25 de Junio y 4 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 55, 444, 493, 929, 1143 y 2164-, así como las de 18 de Marzo, 21 de Marzo, 3 de Abril y 16 de octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 598, 600, 769 y 1845-.

En este sentido, se declara igualmente en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo que "la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria, establecido en el artículo 57 de la Ley sobre el divorcio, ante este Tribunal Supremo, no puede ser otra, como su misma denominación revela, que la de ofrecer un remedio de carácter extraordinario a quien se sienta agraviado por sentencia del Tribunal de instancia, cuyo contenido evidencie de un modo palmetio la errónea apreciación en ella realizada de las pruebas que se practicaron, porque se oponga y contradiga a la que, conforme a los dictados de un racional criterio, surja patente y clara de los autos, o a la indubitada infracción legal que el Tribunal "a quo" cometiera en la resolución impugnada al aplicar a la situación de hecho por él reconocida y afirmada determinado precepto de los establecidos en la Ley de 2 de Marzo de 1932", y así las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Enero, 14 de Marzo y 6 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1444, 1553 y 314- y la de 9 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1349-.

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1499- declara "que el recurso de revisión por injusticia notoria es un medio extraordinario, concedido a una persona jurídica por una infracción clara y evidente de un precepto legal o una apreciación de la prueba a todas luces errónea"; así, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1359-, conforme a la cual "... aquel recurso es un remedio extraordinario que concede la Ley a quien se considere agraviado por un fallo dictado en materia de divorcio que clara y evidentemente infrinja determinado precepto de la Ley de 2 de Marzo de 1932, bien porque la apreciación de la prueba practicada que realice el Tribunal en su sentencia sea

errónea por contradecir de un modo palmario las reglas de la lógica y los dictados de un racional criterio, o ya por la equivocada aplicación del derecho a los hechos que la sentencia declara probados".

(809) "... Que al interponer el recurrente recurso de revisión..., se limitó a manifestar que promovía aquél por injusticia notoria, sin consignar cita legal alguna en su escrito, ni exponer en él motivo ni razonamientos de ninguna especie que sirvieran de apoyo al recurso entablado, y puesto que la ley de 2 de Marzo de 1932 no establece en momento procesal posterior a la admisión del mismo por el Tribunal "a quo" ningún trámite para su formalización ante esta Sala, si el recurrente no alegó en la única ocasión procesal hábil que la Ley le concedía las causas de juicio suyo determinantes de la pretendida injusticia que atribuye al fallo recurrido, como no le impugnó debidamente al interponer contra él su recurso señalado al efecto las razones fundamentales de su planteamiento, notorio es que por haber carecido de materia el supuesto recurso en cuestión es indudable que debe desestimarse, ya que declarados conclusos los autos y ordenada por esta Sala su traída a la vista, el acto de su celebración no puede constituir ya trámite procesal adecuado para formularle, ni la misión ni él del letrado defensor del recurrente puede ni debe ser otra que la de mantener en derecho el recurso oportunamente formalizado, doctrina la expuesta cuya certeza evidencia el contenido todo del artículo 57 de la Ley de Divorcio y singularmente las palabras iniciales de su segundo párrafo, según el que "el recurso de revisión se interpondrá y formalizará mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero y 13 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1492 y 1618- (Cfr. igualmente las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Febrero, 11 de Marzo, 1 de Junio, 14 de Junio y 19 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1511, 1543, 95, 147 y 382-, así como las de 15 de Febrero, 19 de Febrero, 27 de Febrero, 12 de Marzo, 2 de Abril, 25 de Abril y 29 de octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 252, 262, 293, 453, 733, 767 y 1503-).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1635-: "... Que, siendo requisito indispensable para la viabilidad del recurso de revisión contra sentencias dictadas en pleito sobre divorcio que el recurso se interponga y formalice mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación, como preceptivamente dispone el artículo 57 de la Ley de Divorcio, basta leer el escrito que la parte recurrente presentó con fecha 14 de enero último, en estos autos, ante la Sala segunda de la Audiencia Territorial de esta capital, para apreciar que se dejó incumplido lo que el expresado artículo ordena en cuanto hace referencia a la formalización del recurso, ya que el estilo puramente formulario empleado en el escrito presentado para recurrir contra la sentencia, análogo al usual y corriente para plantear un recurso de apelación, podrá estimarse que es adecuado para tener por cumplido el requisito legal de la interposición del recurso de que ahora se trata, pero en manera alguna cabe admitir se haya formalizado, poniendo de relieve aquellos elementos de juicio que sirvan al Tribunal para apreciar la realidad de los hechos o indebida aplicación del derecho de donde surjan la injusticia notoria alegada como causa de revisión, y sin esos indispensables elementos de juicio que la formalización del recurso llevaría consigo, no puede este Tribunal enjuiciar sobre el motivo de revisión alegado, imponiéndose, por tanto, la desestimación de aquél, con imposición de costas a la parte que lo ha promovido".

(810) "... en cuanto al recurso formulado por la mujer se limita a interponerlo alegando la causa tercera del artículo 57 de la Ley, pero no la formaliza como tal artículo ordena en las frases "se interpondrá y formalizará", porque formalizar un recurso es fundamentarlo, consignar y concretar -en este caso- los motivos de la injusticia, que se alega para que el Tribunal que ha de resolverlo los conozca, razonándolos, poniéndolos de manifiesto en la esencia y forma que el recurrente los estime cometidos en la sentencia de que recurre, alegando, por lo menos, ya que se trata de un recurso por injusticia notoria o manifiesta de un fallo, algún

notorio error de hecho o de derecho de la sentencia, sin que este esencial requisito pueda dejarse para el acto de la vista, y al faltar a aquel recurso tan capital exigencia legal, no se le puede estimar formalizado": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1509- (En sentido análogo, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1798-); "... De la doctrina con repetición sentada por este Tribunal se deduce la necesidad de formalizar el recurso, es decir, de concretar los pronunciamientos del fallo que se impugnen y poner de relieve su injusticia en la forma explícita y con el exponente de notoriedad exigidos": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 410-; "... Que, como esta Sala viene declarando constantemente la formalización de los recursos de revisión no consisten únicamente en mencionar la causa del artículo 57 de la Ley en que se alega está comprendida la sentencia recurrida, ni puede estar en limitarse a afirmar vagamente que la "injusticia notoria -aquí alegada- resulta de la apreciación de la prueba basada en elementos de juicio insuficientes para establecer como hechos probados los que la Audiencia reputa como tales" (... o que "la injusticia notoria resulta de la aplicación indebida y errónea de las causas de divorcio"), sino que aquella formalización exige fundamentar el recurso consignando y concretando -en este caso- dónde radica el error y la injusticia invocados; qué elemento o medio de prueba fue mal estimado o es insuficiente a los efectos del fallo recurrido y cuántos antecedentes y argumentos puedan servir de guía a esta Sala y al recurrido para la discusión y resolución del recurso, procediendo cuando se omite o incumple aquel esencial requisito su desestimación por falta de legal formalización": Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 581 y 686- y de 8 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 959-.

(811) "... Que interpuesto el presente recurso por la causa tercera del artículo 57 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, no se ha cumplido al interponerlo con el requisito de formalizarlo, que el mismo artículo exige, puesto que en el escrito se limita el recurrente a citar la causa expresada sin exponer las infracciones, errores o defectos que contenga la sentencia ni alegar las razones en que se funda su apreciación y no asistió a la vista su Letrado defensor": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1524-; "... Que el artículo 57 de la Ley de Divorcio impone para tramitar el recurso de revisión por cualquiera de las causas que enumera, que éste se haya interpuesto y formalizado mediante escrito presentado ante la Sala sentenciadora dentro del término de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de la sentencia; y como de la simple lectura del escrito... se observa que si bien se interpuso el recurso de referencia, se dejó incumplido el otro requisito legal y obligado de su formalización, ya que nada se alega en justificación de que se haya cometido infracción legal de ningún género ni se razona sobre los motivos que puedan determinar la existencia de la injusticia notoria en que se pretende fundar el recurso, debe rechazarse sin entrar a examinar el fondo del mismo": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1810- (En este sentido, puede verse igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 587-); "... Que el recurso de revisión ha de interponerse y formalizarse mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932; y como en el caso presente el escrito que al efecto presentó la representación de..., ni menciona las disposiciones legales que se supongan infringidas, ni dice cosa alguna sobre la apreciación de la prueba, limitándose a la cita del artículo 57, antes mencionado no puede el recurso tenerse por formalizado ni, en consecuencia, accederse a la revisión de la sentencia, debiendo desestimarse": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 600- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Enero y 22 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia, 1934, Aranzadi, 26 y 1835- y la de 17 de Abril de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1002-); "... Que conforme a lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 el recurso de revisión se ha de interponer y formalizar mediante escrito

presentado precisamente ante la Sala que hubiese dictado la sentencia y en el presente caso se observa que, si bien aquel se interpuso no se cumplió, en cambio, con el requisito de formalizarlo, ya que ni se expresan las infracciones legales que se suponen cometidas, ni se aducen las razones que demuestren la supuesta injusticia, y es por tanto evidente que está incumpliendo el precepto legal referido, por lo que de conformidad también con la constante jurisprudencia de esta Sala, procede desestimar el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1887- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Febrero y 14 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1493 y 344-, 25 de Marzo y 23 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 626 y 1970-, 21 de Marzo y 30 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 741 y 1493-).

(812) "... Que según tiene reiteradamente declarado este Tribunal Supremo el recurso de revisión ha de interponerse y formalizarse mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, exponiendo y razonando en forma concreta los hechos y fundamentos en que se apoya, no cumpliéndose el artículo 57 de la Ley de Divorcio cuando el recurrente al interponer el recurso, se limita a manifestar que lo hace por encontrar la "sentencia lesiva y no ajustada a derecho", sin alegar motivo ni razonamiento alguno; procede por todo ello desestimar el recurso interpuesto por don J.A. y R.": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1365- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1693-, 5 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 738- y 11 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1456-).

(813) "... Que, como viene declarando consecuentemente esta Sala, el primer requisito para poder admitir y estimar el recurso de revisión que autoriza el artículo 57 de la Ley de Divorcio, es que esté legalmente formalizado, esto es, fundamentado, consignándose en él con precisión y claridad los hechos y razonamientos en que se apoya, máxime cuando, como en el presente caso, se acusa de injusticia notoria a la sentencia de la Audiencia, porque solamente fundamentado el recurso podrá la parte recurrida preparar su impugnación para el acto de la vista y el Tribunal apreciar el fondo o motivos del mismo, y como en este recurso se limita el recurrente a exponer por toda alegación "que sin detenerse a analizar los fundamentos de la resolución que recurre, le basta decir que se admiten y recogen como hechos probados los de la demanda, prescindiendo de los suyos y que no se pondera la prueba...", no puede estimarse formalizado el recurso con locuciones y conceptos tan vagos e imprecisos, procediendo por ello desestimarlos": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 449-.

(814) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1818-.

(815) "... Que en cuanto al señalamiento a ésta de alimentos, objeto también del recurso, su fijación, en estos casos y procedimientos, no corresponde a este Supremo Tribunal y sí a los inferiores con arreglo al Código y Ley de Enjuiciamiento civil": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1544-; "... Que la cuestión relativa a si es excesiva la cuantía de los alimentos provisionales que el Juzgado concedió a la demandante, no puede ser examinada en un recurso de esa naturaleza, ya que es jurisprudencia reiteradísima que las resoluciones relativas a alimentos, al igual que las demás determinaciones de índole incidental y provisional que hayan de dictarse en los juicios de divorcio, son de la exclusiva competencia del Juez de primera instancia y no constituye nunca materia propia del recurso de revisión, establecido exclusivamente para resolver sobre lo principal del pleito y sobre la culpabilidad de los cónyuges": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1860-.

(816) "... Que la impugnación que se hace en el recurso del particular del fallo referente a los hijos del matrimonio no puede ser recogida por este Tribunal Supremo, por ser materia que, según reiteradamente ha declarado esta Sala, está fuera del margen legal que limita su



esfera de acción en este recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 780-.

(817) "... Que el recurso de revisión que establece el artículo 57 de la Ley de Divorcio contra las sentencias dictadas en esta clase de juicios, ha de entenderse subordinado a que existan las causas que lo autorizan en relación con lo que es la cuestión fundamental a discutir y resolver en el pleito, esto es, la procedencia o improcedencia del divorcio, o en su caso la separación de personas y bienes de los cónyuges; pero de ningún modo puede estimarse comprendidas dentro de la órbita y alcance de este recurso las demás cuestiones que como incidentales les señala la ley su tramitación aparte en piezas separadas, tales como las relativas a pensiones alimenticias, situación de los hijos con respecto al cónyuge que ha de conservarlos en su compañía, etc.; porque sobre estos particulares el Juez que conoce de las piezas separadas, es el que tiene los elementos de juicio necesarios para adoptar las determinaciones que en cada caso y momento sea procedente; elementos de juicio de los que carecía el Tribunal Supremo al resolver el recurso de revisión, por no tener en los autos con vista de los cuales ha de dictar su fallo, aquellos antecedentes indispensables para resolver con acierto la cuestión planteada en este aspecto": Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1682-; "... Que según tiene declarado reiteradamente este Tribunal, la materia privativa del recurso de revisión esta clase de pleitos está limitada a resolver sobre la declaración de procedencia o improcedencia del divorcio o en su caso de la separación de personas y bienes de los cónyuges; ya que todas las demás cuestiones que se deben sustanciar y resolver por los trámites que la ley establece en piezas separadas, son completamente ajenas a la esfera de acción de este recurso, en el que no hay antecedentes ni elementos de juicio que puedan servir de orientación bastante a determinar si existe o no causa de revisión en lo que se refiere a tales cuestiones cuyo planteamiento y discusión se lleva a las piezas separadas correspondientes, en las que el Juzgado o Tribunal llamado a resolver podrá apreciar si las alegaciones y pretensiones formuladas armonizan con las prescripciones legales aplicables a cada caso; y por ello no es admisible el presente recurso que acatando la sentencia dictada en su pronunciamiento fundamental, de haber lugar al divorcio, solo pretende combatir el que hace alusión a la materia de alimentos, que como queda manifestado no puede ser tratado en este momento ni en este trámite procesal": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1754-; "... Que según tiene declarado este Tribunal Supremo, el recurso de revisión amparado en la causa tercera del artículo 57 de la Ley de Divorcio, o sea, la injusticia notoria que se supone cometida en la sentencia del Tribunal de instancia sólo permite ventilar y resolver los extremos referentes a la alegada causa, o causas, de las estatuidas en los artículos 3º y 36 de la citada ley, que respectivamente pueden dar lugar al divorcio con disolución del matrimonio o tan solo a la separación de personas y bienes quedando subsistente el vínculo conyugal, y el relativo a la declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, de ambos o de ninguno, reservando el conocimiento de todas las demás cuestiones que surjan en el pleito, al Juez de primera instancia: Que por no referirse al recurso de revisión interpuesto en este pleito por injusticia notoria, a ninguno de los extremos anteriormente especificados, puesto que se limita a pedir la modificación de la sentencia recurrida en el sentido de disponer que de el hijo del matrimonio en poder del padre; es palmaria su improcedencia y debe ser desestimado": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 437-; "... Que como ya tiene establecido en reiteradas sentencias este Tribunal Supremo, solamente pueden ser examinadas, en un recurso de revisión por injusticia notoria, los pronunciamientos del juzgador de instancia relativos a la existencia o inexistencia de las causas invocadas como fundamento del divorcio o de la separación de personas y bienes y las consecuentes declaraciones sobre culpabilidad o inculpabilidad de los cónyuges, quedando reservadas al juez de primera instancia, en ejecución de sentencia, los extremos relativos a la situación de los hijos, alimentos y litis expensas, con los recursos que, en su caso, pudieran interponerse, contra sus resoluciones, y como en el presente recurso no se aduce más motivo de agravio contra el fallo de mérito que el que se deriva de las declaraciones que, en el mismo, se consignan respecto a la situación de los hijos de los cónyuges divorciados,

es ineludible su desestimación": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1935 - Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1240- (Idéntica doctrina en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1243-); "... Que por recaer exclusivamente el recurso de injusticia notoria sobre la procedencia normal del fallo recaído acerca del divorcio o de la separación de personas y bienes interesados en el pleito por las partes, y de la culpabilidad en su caso de los cónyuges contendientes y no poder referirse aquél a las disposiciones del Juzgado de Primera instancia instructor del pleito hubiere adoptado hasta que termine el juicio por sentencia firme conforme al artículo 44 de la Ley de Divorcio, modificables en ejecución de sentencia con arreglo a los 16 y 18 de la misma, no es posible hacer en esta resolución pronunciamiento alguno relacionado con el último que contiene el fallo combatido": Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 611-.

(818) Cfr., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Febrero y 14 de diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1497 y 739-.

(819) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1773-.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1751-: interpuesto por el marido demandado recurso de revisión con arreglo a la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio contra sentencia del Tribunal de instancia que, estimando la demanda contra él promovida por su esposa, le declaró culpable del divorcio de ambos cónyuges por haber incurrido en la causa 1ª del artículo 3º de la misma, por aquélla alegada, lo funda en no haber apreciado el Tribunal "a quo" igual causa respecto de su esposa, como por reconvencción interesó, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo porque habiendo interesado en su reconvencción la condena de su esposa por las causas 1ª y 2ª, y apreciada la última en la sentencia impugnada, sin que en la misma se contuviera pronunciamiento alguno referente a la absolución de la esposa por la desestimación de la causa 1ª, se conformó con el fallo sin que, oportunamente, interesara la adición, conforme al artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de la sentencia en cuanto a aquel extremo:

"... Que el demandado, al reconvenir, interesó la condena de su esposa por haber incurrido en la comisión de las causas primera y octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y apreciada la última en la sentencia impugnada con declaración de culpabilidad por ella para doña Amparo M., que se conformó con el fallo, como este no contiene pronunciamiento alguno referente a la absolución de dicha señora por la desestimación de aquella primera causa del artículo 3º de la Ley alegada por su esposo y la injusticia notoria en la apreciación de la prueba para el Tribunal de instancia o en la aplicación del derecho establecido, sólo pudo desconocer el de don Isidoro C., a que se estimase la indicada causa primera y del referido precepto, en cuanto se manifestasen la desestimación y absolución antes indicadas en cuanto a tales extremos en ella omitidos no interesó a su tiempo don Isidoro C., conforme al artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede desestimar el primero de los motivos de revisión aducido por don Isidoro C."

(820) Cfr., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1113 bis-, 11 de Enero, 28 de Octubre y 6 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 209, 1977 y 2167-, 9 de Enero, 26 de Febrero, 28 de Abril, 29 de Abril, 9 de Mayo, 9 de Junio, 11 de Junio, 15 de Junio, 24 de Junio, 30 de Junio, 2 de Julio y 2 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 46, 487, 1058, 980, 1264, 1405, 1370, 1486, 1616 y 1617- (En sentido análogo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2077-):

Así igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1698- declara: "... Que esta Sala viene reiteradamente declarando que la injusticia notoria consiste en un evidente, manifiesto e indudable error de la sentencia recurrida, ya porque apreció la prueba en contra de toda lógica, y del claro e indiscutible contenido de los elementos que la integraban, ya porque declaró causas legales

de divorcio que patentemente no se deducían de lo actuado"; y, a su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1972- declara: "... Que el recurso por injusticia notoria que autoriza la Ley de 2 de marzo de 1932 en su artículo 57, causa tercera, lo mismo con arreglo al espíritu que informó la aportación de tal causa como determinante de revisión, que a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, consiste en su indudable y patente error en el fallo recurrido, bien por cualquier violación de precepto legal que de haberse cumplido hubiera motivado evidentemente otro distinto del recaído bien por apreciación contraria del juzgador a la resultancia de los hechos y pruebas practicadas".

(821) "... Que la constante y muy reiterada doctrina establecida por este Tribunal Supremo ha sentado de modo claro y preciso que la injusticia notoria la constituyen tanto la absoluta divergencia entre los hechos resultantes de lo actuado y las afirmaciones de la resolución recurrida, como la palmaria inaplicación de los preceptos legales en que se apoya a los hechos reconocidos como verdad legal en la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 81-; "... Que según tiene declarado este Tribunal Supremo en su ya copiosa jurisprudencia, la injusticia notoria que como causa de revisión se establece en el número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio, ha de hallarse integrada por la absoluta contradicción entre el resultado de la prueba y las afirmaciones de hecho que contenga la sentencia recurrida, o bien por la palmaria inaplicación de la regla jurídica a los hechos debidamente sentados": Sentencia del Tribunal supremo de 21 de Marzo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 480-; "... Que según copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la injusticia notoria que, como causa de revisión se establece en el artículo 57 de la Ley de Divorcio, la constituye la palmaria, evidente e incontrovertible contradicción entre las resultancias de lo actuado y los hechos que se establezcan en la sentencia, o la indiscutible improcedencia del derecho aplicado a los hechos que como verdad legal se sienten en la combatida resolución": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 737-.

(822) "... Que la injusticia notoria como causa de revisión de la sentencias pronunciadas por las Audiencias de los pleitos de divorcio puede fundarse en absoluta y palmaria contradicción entre los hechos demostrados en el pleito y las afirmaciones "de facto" contenidas en la sentencia, o en los evidentes errores "de jure" que la aplicación de las normas de derecho preestablecidas se hayan padecido por la Sala Sentenciadora, según repetidamente ha declarado este Supremo Tribunal": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 158- (En sentido análogo, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1453 y 13 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 592-); "... Que en todo recurso de revisión por injusticia notoria, con arreglo a la ley de divorcio hay que partir del concepto que de esta injusticia ha señalado reiteradamente esta sala, declarando que, o se origina por una contradicción manifiesta y evidente entre el fallo y el resultado de la prueba practicada en el juicio, o por un patente error de la aplicación de aquella ley": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1320-.

(823) "... Que conforme a la constante y copiosa Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la estimación de la causa 3ª del artículo 57 de la ley del divorcio ha de fundarse en la palmaria y evidente injusticia cometida en la Sentencia de instancia por haberse resuelto contra el notoria resultado de las actuaciones, bien en los hechos probados o ya en el derecho rectamente aplicable a aquellos, sin que contra el criterio de la Sala sentenciadora, formado por su discurso lógico y racional, puede prevalecer el parcial de la parte naturalmente interesada en el éxito de su pretensión": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 779-.

(824) "... Que acusada la injusticia notoria del fallo recurrido como causa de la revisión solicitada al amparo de lo determinado en el número tercero del artículo 57 de la Ley del 2 de Marzo del corriente año, este Supremo Tribunal invoca la máxima competencia para penetrar en el examen completo del juicio de instancia, dentro de los límites y en el ámbito de la

causa alegada por el recurrente como razón de la alzada interpuesta, dada la naturaleza expansiva y absoluta del motivo indicado": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1348-.

(825) Que la injusticia notoria a que hace referencia el artículo 57 de la ley de 2 de Marzo del año corriente, no afecta a la apreciación, que en uso de su soberana facultad, hace el Tribunal "a quo" de las probanzas que se practiquen sobre los hechos sometidos a su deliberación, sino que se patentice y evidencie el palmario y evidente error por la Sala padecido, al no dar a los hechos su propia y natural significación, o al no interpretar debida y seriamente, sin amplitudes ni restricciones, que rechazan el espíritu y la letra de la citada ley, los preceptos y disposiciones que en estas se consignan": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1382-; (En este sentido análogo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1506-).

(826) "... Que la injusticia notoria señalada en el artículo 57 de la ley de 2 de Marzo del año que cursa como una de las causas por las que puede interponerse recurso de revisión contra las sentencias que dicten las Audiencias en los juicios de divorcio, no se contrae a un error abstracto ni a una equivocación "in jure", sino que, refiriéndose al caso concreto, ponga de relieve, que se halle mal juzgado u obligue al Tribunal de revisión a examinar los errores "de facto", imponiendo la censura de todo el proceso, especialmente del periodo de instrucción y prueba, para deducir la verdad jurídica, mas solo será estimable cuando aparezca manifiesta, palmaria y evidente, como su mismo calificativo indica y, por tanto, nunca podrá ser dictada una declaración de tanta gravedad si solo se funda en la disparidad de criterios sobre la apreciación de los hechos en que la demanda se funde": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1262-; "... Que según tiene reiteradamente declarado este Supremo Tribunal, la causa de injusticia notoria no puede surgir como consecuencia de una contraposición de criterios entre lo que la Sala Sentenciadora ofreció del resultado de un examen de las pruebas practicadas en el pleito y lo que la parte recurrente cree que debió estimarse, desarticulando y estudiando fragmentariamente aquellas pruebas, para sacar determinada consecuencia de lo que dijeron tales testigos, o se acredita con uno o varios elementos probatorios de los que se aportaron al pleito; porque lo que es preciso demostrar para que dicha causa haya de prevalecer, es que la prueba practicada evidentemente demuestra por todo su contenido, cosa diferente de la que apreció el Tribunal para estimar o desestimar con notorio error la causa de divorcio alegada; o bien que de igual modo se padeció ese mismo error en la aplicación de las disposiciones legales procedentes; y como en el caso de autos, lejos de demostrarse que el Tribunal "a quo" padeció el error que se le atribuye por la parte recurrente, porque aparece por modo contrario, es que mediante un examen armónico y de conjunto de toda la prueba practicada en los autos, forma acertadamente su estado de conciencia inspirador del fallo recurrido, aplicando al efecto las disposiciones legales pertinentes es indudable la procedencia de la causa de revisión que ha sido alegada, y, por tanto, se debe desestimar el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 926- (En sentido análogo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio, 10, 14 y 29 de Noviembre de 1933- Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 147, 1921, 512 y 593, 24 de Enero, 9 de Mayo, 22 de Noviembre, 24 y 24 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 64, 892 bis, 184, 1834, 2197 y 2198-4 y 7 de Enero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 192 y 201-).

(827) "... Que el recurso de revisión por injusticia notoria -causa 3ª del artículo 57 de la ley de divorcio, presupone y exige una injusticia manifiesta, clara y patente en el fallo de la audiencia, ya en la apreciación de la prueba, sobre los hechos o causas del divorcio solicitado, ya en la aplicación del derecho que lo regula": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1329- (Así, las sentencias del Tribunal Supremo del 7 de Enero, 25 de Enero, 25 de Febrero y 30 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1416, 1446, 1509 y 840-); "...Que en la injusticia notoria a que se refiere el anterior precepto de la ley de Divorcio, señalada

como una de las causas por las que puede interponerse el recurso de revisión contra las sentencias de la materia, ha de ser palmaria, evidente y de notoria infracción de las reglas de la lógica en la apreciación de las pruebas o de la calificación racional y jurídica que los hechos probados merezcan según tiene declarado este Tribunal Supremo": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1414- (Identifica doctrinas en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1505-); "... Que como esta Sala tiene repetidamente declarado para que pueda prosperar el recurso de revisión por injusticia notoria que concede la ley de divorcio en el número tercero de su artículo 57, es preciso una manifiesta, clara e indudable injusticia en la Sentencia recurrida, ya al examinar la prueba y deducir de ella acreditados los hechos o causas del divorcio que estime, ya al apreciar el derecho y hacer las declaraciones que con arreglo a aquella ley debe consignar en su fallo": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1512- (En este sentido, la sentencia del T.S. de 27 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1512- (En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 815-); "... Que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo tiene establecido que la injusticia notoria apuntada como causa de revisión de las Sentencias dictadas por las Audiencias en los pleitos de divorcio y que figura como la 3ª en el artículo 57 de la ley que rige la materia, ha de ser palmaria y evidente, revelando una flagrante contradicción entre lo resuelto y los hechos demostrados en los autos, o por las lógicas consecuencias jurídicas que de los hechos probados naturalmente surjan, en cuyos dos casos será procedente reconocer y declarar la existencia de la injusticia notoria determinante de la revisión del fallo combatido": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1631-; "... Que la ya copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo tiene establecido el alcance y significación de la causa 3ª del artículo 57 de la Ley del Divorcio, sentando la doctrina de que la injusticia notoria, a los efectos de la ley de 2 de marzo de 1932, ha de ser palmaria y manifiesta, de tal suerte, que informa una flagrante contradicción entre las resultancias procesales y lo que como demostrado afirma la sentencia, o bien que, admitidos los hechos fundamentales y determinantes de la lógica y legal resolución, se haga una evidentemente errónea apreciación jurídica, que fatalmente conduce a la injusticia del fallo combatido": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1662-; "... Que el recurso de revisión establecido en el número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de Marzo de 1932 exige para que pueda estimarse la demostración de que el fallo de la Audiencia incurrió en una injusticia tan clara y manifiesta que su notoriedad, según la ley expresa, sea indiscutible, bien por la equivocada apreciación de la prueba practicada en el pleito, o ya por la errónea o indebida aplicación de los preceptos legales al resultado que aquello ofrezca a juicio del Tribunal sentenciador": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 168-; "... Que por hallarse fundado el recurso de revisión interpuesto en este pleito en la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio, referida a la injusticia notoria que se supone cometida en la Sentencia del Tribunal de instancia se hace preciso para que pueda prosperar, que aparezca por modo claro e indudable que tal justicia se ha realizado, y que así lo patentice la flagrante contradicción entre las resultancias de lo actuado y lo que se afirma como hecho en la resolución impugnada, o que, partiendo de la realidad de los hechos acreditados en autos se haga una evidentemente errónea aplicación del derecho, constituyendo en el primer caso un notorio error "de facto" y en el segundo una palpable infracción "de jure", subsanables ambas mediante el recurso de revisión, según tiene declarado este Tribunal Supremo repetidamente": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 654- (En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 227-); "... Que según constante jurisprudencia de esta Sala, para que pueda prosperar el recurso de revisión establecido por el número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, es preciso que la injusticia en que haya incurrido el Tribunal "a quo" sea evidente y manifiesta, consistiendo bien en grave equivocación al apreciar la prueba, o bien en la mala aplicación

de un precepto legal": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 232-; "... Que según repetidamente tiene declarado este Tribunal para que el recurso de revisión por la causa 3ª de las previstas en el artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932 pueda prosperar contra las sentencias dictadas en juicio de divorcio, la injusticia notoria a que se refiere ha de resaltar con certeza y evidencia, bien por la infracción de las reglas de la lógica en la apreciación de la prueba, ya por la notoria equivocada calificación jurídica que al Tribunal de instancia merezcan los hechos que estime acreditados en los autos": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 283-; "... Que constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado el verdadero alcance y significado de la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio como fundamento del recurso de revisión, sentando la doctrina de que la injusticia notoria a que aquella se refiere ha de ser palmaria y evidente, sin que deje duda racional de la flagrante contradicción entre los hechos demostrados y la resolución del Tribunal de instancia o la manifiesta aplicación errónea del precepto legal a las resultancias de facto acreditadas en la litis": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 295- (En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 723- "... Que la constante y copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que la injusticia notoria como causa de revisión de las sentencias de divorcio señaladas en la ley de 2 de marzo de 1932 y su artículo 57, ha de ser patente y manifiesta acusando una verdadera contradicción entre las resultancias procesales y las afirmaciones "de facto" hechas por el Tribunal sentenciador, o bien una evidente inadecuación al aplicar el derecho a los hechos estimados por la Sala de instancia incurriendo en un manifiesto error "de jure": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1361-.

(828) "... Que la copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha establecido de modo contante e invariable el alcance y significación de la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, fijando la doctrina en que la injusticia notoria apoyó y fundamentó, en este caso, del recurso de revisión en los pleitos del divorcio, ha de ser palmaria, evidente y demostrativa de la franca contradicción entre las resultancias procesales y lo estimado en la sentencia o la evidentemente ilógica e inadmisibles aplicación del derecho a las aseveraciones del fallo establecidas por el Tribunal sentenciador por lo cual carece de viabilidad esta clase de recursos siempre que se base en la posible diversidad en la apreciación de las pruebas, por no ser jurídicamente admisible la prevalencia del criterio particular sobre el formado por el Tribunal de instancia": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1690-; "... Que la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha establecido que la injusticia notoria como causa de revisión de las sentencias dictadas por las Audiencias en los pleitos de divorcio, ha de ser palmaria y evidente demostrando la flagrante contradicción "de facto" y "de jure" por afirmar hechos en absoluto contrarios a las resultancias procesales o por aplicar preceptos legales completamente inadecuados a la verdad legal establecida en la Sentencia; habiendo declarado también que el criterio del Tribunal "a quo" formado en vista de pruebas complejas y contradictorias, ha de prevalecer sobre la particular apreciación que necesariamente lleva el vicio de la convivencia de quien lo formula": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 892-.

(829) "... Que declarada ya doctrinalmente por esta Sala la naturaleza y alcance de la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, sería preciso para que prosperase el recurso entablado por la actora, al amparo de dicho precepto, que pusiera de manifiesto el error palmario y evidente padecido por el Tribunal "a quo", al no dar a los hechos probados su propia y natural significación, y, por ende, no aplicar debidamente las indisposiciones que en aquella ley se consignan": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1406- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Junio y 27 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1354 y 2183- "... Que para que pudiera prosperar el recurso de revisión interpuesto por doña V.C.G. al amparo del número 3º del artículo 57 de la vigente ley de divorcio sería preciso que, en la

sentencia recurrida conforme a la reiterada doctrina mantenida por esta Sala se infringiera clara y terminantemente un precepto legal o se hiciese en ella, una apreciación de la prueba a todas luces errónea, contrariando las leyes de la lógica": Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1696-; "... Que según doctrina repetida de esta Sala, para que pueda prosperar el recurso de revisión fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, es imprescindible que el recurrente demuestre que en la apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho al hecho controvertido padeció la Sala sentenciadora un palmario error de hecho, o cometió una flagrante infracción legal que a todas luces evidencia la injusticia en que por consecuencia de uno o de otro incurrió el fallo combatido en el recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 1778- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Febrero y 2 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 267 y 1440-); "... Que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que para la injusticia notoria, como causa de revisión en los pleitos de divorcio pueda prosperar es inescusable que el recurrente evidencie la disconformidad palmaria del fallo recurrido con las resultancias de hecho acreditadas por las pruebas, o con la apreciación jurídica que de aquella derive el juzgado": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 295- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2171-, 4 de abril y 13 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 771 y 1112- y 24 de Marzo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi 744-); "... Que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, para que el recurso de revisión que autoriza la causa 3ª del artículo 57 de la ley de divorcio pueda estimarse, es imprescindible que surja con toda evidencia el indudable error con que la sentencia recurrida apreció la prueba practicada en el pleito en contra de un manifiesto resultado de su apreciación, conforme a los dictados de la razón y de la lógica o con que equivocadamente hizo aplicación de alguna de las causas de divorcio que señala la ley a la situación de hecho declarada por el Tribunal de instancia, sin que ella se encuentre comprendida": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1923 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi 391-; "... Que esta Sala viene con reiteración declarando que para que pueda apreciarse la injusticia notoria se precisa que el Tribunal de instancia haya cometido error al ponderar la prueba, bien prescindiendo de algún elemento importante, bien desconectándola o bien no dándole su adecuado valor, o haya infringido el derecho aplicable al caso debatido": Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 247- "... que en tanto sea pertinente la revisión de la Sentencia impugnada en cuanto la injusticia notoria cuando se invoca se manifieste y aparezca con toda la evidencia de la resolución recurrida, bien por indudable error en la apreciación de las pruebas practicadas o ya por la indebida aplicación del derecho a los hechos que el Tribunal "a quo" en uso de su potestad estimó plenamente justificados": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 272-; "... Que según tiene declarado este Tribunal Supremo en constante y muy reiterada jurisprudencia, solo puede estimarse la injusticia notoria a que se contrae la causa 3ª del artículo 57 de la Ley de Divorcio en los casos de palmaria y flagrante contradicción entre las resultancias procesales y las declaraciones de hecho reconocidas en la sentencia que es objeto del recurso, y también cuando apreciados con acierto los hechos sea evidente la improcedencia de los preceptos legales a los mismos aplicados": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 284- (En este sentido análogo, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Mayo y 17 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 928 y 1822-, 18 de Noviembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2178- y 24 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1489-); "... Que según doctrina constantemente proclamada por este Tribunal Supremo, para que pueda prosperar la revisión deducida contra las sentencias dictadas en juicio de divorcio o de separación de personas y bienes, fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932 es preciso y necesario que se evidencie que, en las aseveraciones de los hechos o en su calificación legal, ha incurrido la Sala sentenciadora en un error palmario y violento que acuse la notoria

y manifiesta injusticia cometida por el juzgador de instancia": Sentencia del Tribunal supremo de 22 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 907-; "... Que según repetida doctrina de jurisprudencia de esta Sala, para que el recurso establecido en el número tercero del artículo 57 de la Ley de Divorcio proceda en justicia, es preciso que se manifieste de un modo palmario y evidente el yerro cometido por el Tribunal "a quo" en el fallo de que se trate ya en la apreciación de los elementos probatorios hecha en la sentencia acerca de las causas de divorcio o motivos de separación alegados, o bien en la manifiesta infracción legal que el Tribunal sentenciador hubiera podido cometer al aplicar o no determinado precepto de la ley a la situación de hecho afirmada en la sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 923-; "... Que este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que para que proceda el recurso de revisión por injusticia notoria, autorizado por el artículo 57 de la vigente ley de divorcio, en su causa 3ª, se precisa que el Tribunal de instancia, al apreciar las pruebas en uso de sus atribuciones haya cometido evidente error de hecho o en otro caso aplicado indebidamente el derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1103- (En sentido análogo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 558-, 15 de Octubre y 17 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1466 y 1818-, 5 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1225- y 13 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 473- "... Que según reiterada doctrina de jurisprudencia de esta sala, la injusticia notoria establecida en el número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932 como una de las causas de revisión de las sentencias dictadas en pleito de divorcio, ha de demostrar de un modo palmario y evidente que el caso de que se trate fue mal juzgado, ya por la errónea apreciación de la prueba al fijar los hechos que estima acreditados, o bien por la indebida aplicación a ellos de un precepto legal inaplicable": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1158-; "... Que la muy reiterada y constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal ha establecido la doctrina definidora de la injusticia notoria originaria de la revisión de la sentencia conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la ley de divorcio, sentado como principio en la materia que solo puede estimarse cuando exista el error "de facto" por afirmarse unos hechos que se hallen en manifiesta, evidente y palmaria contradicción con los que aparezcan claramente demostrados en los autos, o bien, en el caso de un error "de jure" consistente en la patente inaplicación del derecho inadecuado a los hechos admitidos y declarados en la resolución objeto del recurso": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1429-; "... Que repetidamente tiene declarado esta Sala que para que prospere el recurso de revisión fundado en el número 3º del artículo 57 de la Ley de Divorcio, es indispensable que el fallo recurrido no solo contradiga el resultado del pleito en lo relativo a la apreciación de las pruebas o a la aplicación del derecho, sino que esa contradicción se manifieste con tan relevante expresión que produzca de un modo inmediato y categórico a la conclusión de la injusticia cometida por el Tribunal Sentenciador": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1853-; "... Que solo ante un crasísimo error del juez en apreciación de la prueba o manifiesta desviación del criterio jurídico en aplicación de la norma legal puede prosperar el recurso de injusticia notoria, según explican constantes declaraciones jurisprudenciales": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 2195-; "... Pero como reiterada doctrina de jurisprudencia de esta sala ha declarado que la injusticia notoria solo puede apreciarse cuando existe una palmaria y flagrante contradicción entre las resultancias de lo actuado y las afirmaciones de hecho contenidas en la sentencia o la indiscutible improcedencia del derecho a los hechos que como verdad legal afirma la resolución recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 461-; "... Que según repetida doctrina de jurisprudencia de esta Sala para que el recurso de revisión fundado en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932 pueda prosperar es indispensable que el recurrente demuestre el palmario y evidente error padecido por el Tribunal sentenciador bien al apreciar la prueba o ya al aplicar el derecho a los hechos que la sentencia entienda absoluta-



mente acreditados por consecuencia de dicha apreciación": Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1536-; "... Que reiterada doctrina de jurisprudencia de esta Sala ha establecido que, para la debida estimación de recursos fundados en la causa 3ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932 ha de resultar de un modo claro y patente la equivocación padecida por el Tribunal sentenciador al apreciar las pruebas ofrecidas o en la aplicación del derecho a los que se declaran demostrados": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 244- (Idéntica doctrina en las sentencias del Tribunal Supremo del 12, 19 y 26 de Marzo, 8 9, 17, 18, 22 y 25 de Abril y 21 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 541, 553, 751, 823 bis, 960, 964, 966, 971, 975 y 1137-; en sentido análogo, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1139); "... Que alegada en el presente recurso de revisión la injusticia notoria del fallo, causa 3ª del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, esta Sala tiene declarado en reiterada y constante jurisprudencia que solamente cabe apreciarla en los casos de error patente entre los resultancias procesales y las aseveraciones de hecho que la sentencia declare, o cuando sea manifiesta la equivocación en que se hubiere incurrido al aplicar el derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 485-; "... Que según tiene declarado con reiteración esta Sala en numerosas Sentencias, para que pueda prosperar el recurso de revisión por injusticia notoria formalizado conforme a la causa 3ª del artículo 57 de la ley del Divorcio es condición imprescindible que el recurrente evidencie la errónea apreciación que de las probanzas haya hecho la Sala sentenciadora y la palmaria equivocación en que hubiere incurrido al hacer aplicación del derecho a lo que, como verdad legal, haya sido declarado en la sentencia impugnada": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1488-.

(830) "... Que para que el recurso de revisión pueda prosperar por causa de injusticia notoria es condición indispensable, según repetidamente tiene declarado este Tribunal, que se demuestre que en las apreciaciones de las pruebas o en la aplicación del derecho al hecho controvertido, se cometió infracción legal tan patente y manifiesta, que evidencie la injusticia notoria del recurso; pero de ningún modo puede sustituir a esta regla hermenéutica procesal una crítica personal y subjetiva del recurrente, que substituyendo con su criterio las apreciaciones del Tribunal "a quo" le sirva para decidir con mas o menos acierto determinadas consecuencias jurídicas en concepto de premisa fundamental para establecer sobre ellas la existencia de aquella causa de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1640-; "... Que, declarado por la muy repetida y constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo que la injusticia notoria como causa de revisión en los pleitos de divorcio ha de ser palmaria, evidenciando las disconformidad del fallo recurrido con las resultancias de los hechos acreditados en autos, o con la racional apreciación jurídica que de los mismos se derive; sólo en los casos en que tan esencial discrepancia se advierta será procedente estimar tal causa de revisión que nunca podrá prosperar al amparo de un criterio particular opuesto al de la Sala Sentenciadora, si no se patentiza el grave error por esta padecido en los términos antes expresados": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1761-; "... Que para la procedencia del recurso de revisión por injusticia notoria, es condición necesaria que se acredite de modo cierto que el Tribunal sentenciador, no aplicó en forma debida las disposiciones legales pertinentes, o cometió error palmario al apreciar las pruebas practicadas en el pleito, pero esta apreciación ha de resultar objetivamente considerada y de ningún modo como expresión del personal criterio de la recurrente, en contraposición al que formara el Tribunal "a quo" por el estudio que hiciera de esas mismas pruebas": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 53-; "... Que la copiosa y constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, tiene declarado el alcance y extensión de la causa 3ª del artículo 57 de la ley de divorcio, estableciendo que la injusticia notoria solo puede apreciarse en el caso de existir una palmaria y flagrante contradicción entre las resultancias procesales y las afirmaciones de hecho contenidas en la sentencia o bien, cuando el derecho aplicado se halle en manifiesta oposición con el que racionalmente es adecuado a los hechos

que como verdad legal se establezcan en la resolución recurrida, sin que el criterio particular e interesado de un litigante pueda prevalecer en los casos de apreciación de prueba múltiple y contradictoria, frente al imparcial formado por la Sala sentenciadora": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 748-; "... Que para que pueda ser apreciada la injusticia notoria como causa de revisión, tiene declarado repetidamente este Supremo Tribunal que es necesario que se acredite de un modo cierto que no pueda ofrecer duda alguna que la Sala sentenciadora apreció con evidente error las pruebas practicadas en el pleito o incurrió en manifiesta infracción legal al aplicar los preceptos atinentes al caso contravertido, sin que ello pueda servir para establecer como tema de discusión el criterio que la parte recurrente sustenta al plantear el recurso enfrente del que tuvo el Tribunal "a quo" al fijar las declaraciones de hecho de la sentencia, y las consecuencias pertinentes de orden legal en la aplicación del derecho": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1842- (En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 504-); "... Que la Sala sentenciadora examina y aprecia con arreglo a los dictados de la lógica racional y todas y cada una de las pruebas practicadas por los litigantes, sin que, al hacerlo incurra como fuera preciso para que prosperase la revisión que se interpone, en palmaria y flagrante equivocación de hecho o en errónea aplicación de alguno de los preceptos que contiene la vigente ley sobre divorcio, careciendo de eficacia, a los efectos que persigue el recurrente, la crítica y censura, que en el escrito de revisión se hace, de los diversos elementos probatorios, aisladamente analizados, dolorosos y sensibles algunos, pero no carentes, como la representación de la demandada pretende del valor y eficacia demostrativa que el Tribunal "a quo" les concede, armonizándolos y ponderándolos con el resultado que arrojan las demás pruebas": Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 436- (Igual doctrina en sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 463-); "... Que el recurso de revisión que establece el artículo 57 de la ley de divorcio tiene declarado con reiteración este Supremo Tribunal que no puede prevalecer a base de razonamientos mas o menos aceptados que haga la parte recurrente en una labor de crítica de la sentencia recurrida, tratando de valorar los elementos probatorios del pleito de forma diferente a como los estimara el Tribunal "a quo" sino que es de todo punto indispensable para que este recurso pueda ser estimado, que se pongan de relieve el evidente y manifiesto error atribuido a la Sala sentenciadora, al dar a las pruebas practicadas un sentido francamente equivocado y distinto, del que sin género alguno de duda les correspondía; o bien interpretando torcidamente los preceptos legales de aplicación al caso contravertido en el pleito": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1813-; "... Que esta Sala tiene reiteradamente establecido que la injusticia notoria a que alude el número 3º del artículo 57 de la ley de divorcio, significa, para que prospere el recurso de revisión amparado en ella, que de manera flagrante y manifiesta, se han infringido las leyes de la lógica al apreciar las pruebas, o se ha incurrido en error palmario al calificar jurídicamente los hechos, no siendo lícitos que la parte se limite, para basar el recurso, a sustituir el criterio de la Sala sentenciadora por el suyo propio": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1127-.

(831) "... Que así como tiene declarado esta Sala, la injusticia notoria ha de ser clara, patente e inequívoca, ya en aplicación de la ley, ya en el análisis y estimación de las pruebas, el error de la Audiencia que se alegue para fundar tal injusticia ha de tener iguales caracteres de indudable y manifiesto para que tenga la excepcional eficacia de invalidar un fallo": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1709- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 385- y 23 de Febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 285-); "... Que no manifestándose del modo claro y patente que exige la doctrina establecida por este Tribunal el error en que haya podido incurrir la Sala sentenciadora al apreciar las pruebas practicadas o al calificar en derecho los hechos que estima probados, es improcedente acceder a la revisión que interpone el demandado D. M.P., contra la sentencia

de divorcio dictada a instancia de su esposa D<sup>a</sup> E.C.: Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 517-.

(832) "... Que procede apreciar la causa tercera del artículo 57 de la Ley de Divorcio, no sólo cuando los hechos afirmados por el Tribunal de Instancia no concuerdan con las resultancias procesales, sino también en los casos de notorio error en la apreciación jurídica que de los mismos se haga": Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1771-.

(833) "... Que, según tiene repetidamente declarado este Supremo Tribunal, la injusticia notoria señalada en el artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932, como una de las causas por las que puede interponerse recurso de revisión contra las sentencias que dicten las Audiencias en los juicios de divorcio, no ha de fundarse en discrepancia sobre la apreciación de las alegaciones o probanzas, sino que ha de ser manifiesta, palmaria y evidente de manera que revele la flagrante disconformidad entre lo resuelto y la inequívoca resultancia de lo actuado": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1473-; "...Que como repetidamente ha declarado este Tribunal Supremo, la injusticia notoria señalada en la citada ley de Divorcio entre las causas que pueden servir de fundamento el recurso de revisión ha de ser tan palmaria que revele una flagrante contradicción entre las resultancias procesales y la resolución recurrida": Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1513-; "... Que, con arreglo a la doctrina de jurisprudencia formada por esta Sala para que pueda prosperar la causa 3<sup>a</sup> de revisión establecida en el artículo 57 de la Ley del Divorcio, es requisito indispensable que la injusticia atribuida a la Sentencia impugnada sea notoria, como el indicado precepto exige; y, por lo tanto, ha de ser preciso que se manifieste con toda evidencia en resolución del Tribunal Sentenciador, una contradicción palmaria entre lo probado en los autos y lo que la Audiencia declare acreditado en su Sentencia": Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1566-; "... Que la repetida jurisprudencia de este Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que la injusticia notoria señalada como una de las causas que pueden dar lugar al recurso de revisión contra las sentencias dictadas por las Audiencias, conforme al artículo 57 de la Ley del Divorcio ha de ser clara, patente y manifiesta, de tal modo que evidencie el palmario desacuerdo entre las resultancias de lo actuado y lo resuelto por el Tribunal Sentenciador": Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1614- (En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 486 bis-); "... Que fundando la parte actora su recurso, única y exclusivamente en el caso 3<sup>o</sup> del artículo 57 de la vigente ley sobre divorcio, o sea en la supuesta injusticia notoria por la Sala sentenciadora al desestimar la demanda promovida por D<sup>a</sup>. C.O.V., a fin de que se declarase la separación de personas y bienes entre la misma y su marido D. P.M.M., debiera haber justificado la palmaria y evidente equivocación en que hubiese incurrido el Tribunal "a quo" al apreciar en uso de sus privativas facultades, las pruebas practicadas al no reconocer ni sentir como hechos debidamente demostrados los que sirvieron de base a la demanda deducida": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1668-; "... Que la injusticia notoria, causa 3<sup>a</sup> del artículo 57 de la ley de divorcio, en que se fundamenta este recurso de revisión no puede ser acogida, sino cuando aquella fuese evidente y palmaria hasta el extremo de existir una destacada oposición entre el fallo y las resultancias procesales": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 493-; "... Que según tiene reiteradamente declarado este Supremo Tribunal debe de estimarse la causa de injusticia notoria cuando en la sentencia recurrida exista una absoluta y palmaria contradicción entre los hechos demostrados en el pleito, y las afirmaciones "de facto" que en la misma se contengan para fundamentar sobre ellas el fallo": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 759-; "... Que como constantemente viene declarando esta Sala para que pueda estimarse el recurso de revisión por injusticia notoria es imprescindible que surja con toda evidencia el indudable error con que la sentencia recurrida apreció las pruebas conforme a los dictados de la razón y de la ley": Sentencia

del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 776-; "... Que para que pueda prosperar un recurso de revisión basado en injusticia notoria se hace preciso, como repetidamente tiene declarado esta Sala por lo que al problema planteado afecta, que exista una equivocación palmaria en el juzgador, al apreciar la prueba, hasta el punto de darse una absoluta disparidad entre lo realmente acreditado y lo que como tal se estima": Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1362-.

(834) "... Que dado el concepto que de injusticia notoria viene manteniendo esta Sala, no es posible estimar la alegada en el anterior recurso, porque fundada únicamente aquella injusticia en un error en la apreciación de prueba, era preciso que este error fuera manifiesto y evidente, con esencial contradicción entre el resultado de los elementos probatorios al juicio aportados y el fallo recaído": Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1551-.

(835) "... Que la muy reiterada y constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal tiene establecido el concepto y alcance de la causa 3ª del artículo 57 de la ley de Divorcio, declarando que la injusticia notoria, determinante de la revisión de las sentencias que dicten las Audiencias en esta materia, ha de ser palmaria, evidente, de tal suerte, que ponga de manifiesto la flagrante contradicción entre las resultancias de lo actuado y la resolución combatida, sin que pueda entenderse que la disparidad de criterios en la apreciación de las pruebas constituya esta causa de revisión, máxime si a esta diversidad de estimación contribuye la variedad y contradictorio resultado de las practicadas": Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 321-.

(836) Que la reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la injusticia notoria, como causa de revisión de las sentencias dictadas en materia de divorcio, solo puede prevalecer en el caso de que sea palmaria y evidente hasta el punto de resultar flagrante la contradicción entre el fallo recurrido y las resultancias procesales y en su virtud no puede fundarse el concepto de tan calificada injusticia, en la mera disparidad sobre la apreciación de las pruebas practicadas, ni en particular criterio del litigante ha de merecer eficacia y valor legal frente al de la Sala sentenciadora formado con el severo y reflexivo examen de todos los elementos aportados al juicio": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1514-; "... Que es jurisprudencia reiteradísima de esta Sala que la injusticia notoria a que se refiere el número 3º del artículo 57 de la ley de 2 de marzo de 1932, no puede basarse en la apreciación de la prueba con distinto criterio al del juzgador, pues requiere la demostración del error palmario y evidente padecido por el Tribunal Sentenciador al no dar a los hechos su propia y natural significación o al trasgredir en la valoración de los medios probatorios las reglas de la sana crítica": Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1509- (En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Febrero y 4 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 332 y 1553-); "... Que la injusticia notoria para que se pueda apreciar como causa de revisión en orden a supuesto error padecido por el Tribunal "a quo" en la estimación de las pruebas practicadas en el pleito ha de resultar de modo claro y patente, según tiene declarado en multitud de sentencias este Supremo Tribunal; pero de ningún modo puede fundarse con éxito este motivo de revisión en una disparidad subjetiva entre el criterio del recurrente y el de la Sala sentenciadora al valorar las pruebas y formar por su estimación el estado de conciencia determinante del fallo que se deba dictar": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1821-; "... Que el recurso de revisión de la ley de divorcio ha de basarse, no en una apreciación de las probanzas conforme al criterio particular del recurrente distinto del del juzgador, sino en la demostración cumplida del error padecido por el Tribunal "a quo" al ponderar los elementos probatorios sin sujetarse a una norma lógica y racional": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1105-.

(837) "... Que la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria, impone, según la reiteradísima doctrina de este Tribunal Supremo, en casos como el de autos en que se basa

un error de hecho cometido por la Audiencia en la apreciación de las pruebas, no la mera oposición del personal criterio del recurrente al más autorizado del Tribunal de Instancia, sino una demostración cumplidísima del error alegado": Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1445- (Idéntica doctrina en sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre, 13 de Noviembre y 17 de Diciembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1514, 1804 y 21840, y en las de 30 de Enero, 7 de Febrero y 8 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 248, 425 y 782-); "... Que la naturaleza del recurso de revisión por injusticia notoria, impone en casos como el de autos en que la parte recurrente lo funda en error de hecho cometido por el Tribunal "a quo" en la apreciación de las pruebas, una demostración cumplida del error alegado; no la mera oposición del criterio personal de la parte recurrente al seguido por la Sala de instancia": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1788- (Idéntica doctrina en sentencia del Tribunal Supremo de 3, 7, 8, 19 y 21 de Octubre y 11, 11, 26 y 31 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1852, 1814, 1815, 1869, 1880, 2325, 2327 y 2477 y 2486-).

(838) "... Que cuando la injusticia notoria alegada para fundamentar el recurso de revisión en los juicios de divorcio se hace derivar, como en el caso actual, del error de hecho en la apreciación de las pruebas, la naturaleza de ese recurso -que no es una segunda instancia según repetidamente ha declarado este Tribunal- obliga al recurrente a la demostración del error, individualizando y precisando los elementos que lo integran en términos que excluyan hasta la posibilidad de duda tanto respecto a la existencia del mismo como a que su estimación indebida ha sido la causa determinante de la injusticia contra la que se reclama": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi 919-

(839) "... Que para apreciar la injusticia notoria que como causa de revisión señala en su número tercero el artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, es de necesidad, según repetidas veces tiene declarado este Tribunal Supremo que tal injusticia sea patente y manifiesta evidenciando una palmaria contradicción entre la resultancia de los autos y la apreciación de la Sala sentenciadora; sin que merezca el concepto de tan grave error la estimación que haga el Tribunal "a quo" de las pruebas practicadas, en uso de sus privativas facultades formando su imparcial criterio al que no es lícito oponer el sustentado por el particular del recurrente": Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1659- (En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 554-; "... Que según tiene declarado este Supremo Tribunal en muy reiterada jurisprudencia, para que pueda prosperar el recurso de revisión en mérito de la causa tercera del artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, es preciso que la injusticia notoria que se supone cometida en la sentencia de que se recurre, sea palmaria, manifiesta y que revele una flagrante contradicción entre las resultancias de lo actuado y la resolución combatida, por cuya razón nunca podrá estimarse cuando la apreciación de la Sala sentenciadora sea el resultado de su criterio imparcialmente formado al que no se puede oponer con probabilidades de éxito el que haya formado el particular que recurre": Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 417-.

(840) "... Es manifiesta la improcedencia del recurso por cuanto la supuesta injusticia se apoya sólo en la particular apreciación que de la prueba hace el recurrente, cuyo personal criterio no puede oponerse con éxito al que en su soberanía ha seguido la Sala sentenciadora, cuando, como en el caso de autos, no aparece una evidente disconformidad entre la sentencia dictada y la resultancia del conjunto de las pruebas obrantes en el juicio": Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 616-; "... Que la injusticia notoria no puede fundarse como se hace en el presente recurso, en la simple contradicción del modo como el Tribunal "a quo" apreció el conjunto de las pruebas practicadas en el juicio, sino que es obligada la demostración del evidente error por aquel padecido; pues otra cosa sería dar valor al criterio personal del recurrente en oposición al seguido por la Sala de instancia en uso de la facultad soberana que a tal fin le está atribuida": Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934,

Aranzadi, 1363-.

(841) "... Sólo puede prosperar cuando la injusticia que con el calificativo de "notoria" la señala el invocado precepto, surge con evidente claridad por la palmaria contradicción entre lo probado en el juicio y lo resuelto en la sentencia, mas nunca podrá alegarse con éxito cuando lo actuado permita diversidad de apreciaciones, en cuyo caso ha de prevalecer siempre sobre el particular criterio el formado por la Sala sentenciadora": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1517-; "... Que asimismo ha establecido esta Sala que en la apreciación de la prueba múltiple y de resultados diversos, el criterio formado por el Tribunal Sentenciador ha de prevalecer sobre el del particular recurrente, en razón al inevitable interés que ha de inspirar a éste y a la imparcialidad característica del juicio formado por el juzgador": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1148- (Así las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Julio y 26 de Septiembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1361 y 1429-).

#### 9.2.4. Recurso de audiencia al litigante rebelde:

Es doctrina del Tribunal Supremo, que tiene su principal fundamento en lo dispuesto por la Ley especial de Divorcio en su artículo 46 de que los juicios de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites fijados en la Ley Procesal civil para el juicio declarativo de menor cuantía con las variantes establecidas por la misma ley y entre las que no figura la de negar el derecho que al declarado rebelde otorga el artículo 773 de la Ley de enjuiciamiento civil, la de que los juicios de separación y de divorcio tramitados con la total ausencia en el procedimiento de la parte demandada puede ésta pedir conforme a lo dispuesto en el citado artículo 773 de la Ley procesal civil y deberá serle otorgada cuando no se hallare en ninguno de los casos previstos en los artículo 771 y 772 de la misma, audiencia contra la sentencia firme recaída en el juicio para obtener su rescisión y un nuevo fallo, siempre que además concurren las circunstancias que respectivamente señalan para las distintas situaciones los artículo 774 a 777 de la Ley Procesal citada:

Los artículo 771 y 772 de la Ley Procesal civil se refieren a las diferentes formas de hacerse la notificación de la sentencia definitiva del pleito para señalar sobre esta base los recursos que contra ella puede utilizar el litigante rebelde: De su diferente redacción se deduce que mientras el litigante rebelde a quien se hubiere notificado personalmente la sentencia definitiva no podrá utilizar contra ella otros recursos que el de apelación, y el de casación cuando proceda, si los interpone dentro del término legal (842), cuando al litigante rebelde no le haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva podrá potestativamente utilizar esos mismo recursos, contándose, en este caso, el término legal para su interposición desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial de la Provincia (843) -En los pleitos de separación y de divorcio habrá que entenderse sustituidos

esos recursos por el extraordinario de revisión que autoriza el artículo 57 de la Ley de Divorcio (844)-:

Conforme al artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el litigante que hubiere permanecido constantemente en rebeldía y no se hallare en ninguno de los casos de los artículos 771 y 772 de la referida Ley Procesal, podrá solicitar la concesión del derecho a ser oído contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito, para obtener su rescisión y un nuevo fallo (845), distinguiéndose los casos en que su emplazamiento se hubiera verificado en su persona (846), por cédula entregada a sus parientes, familiares, criados o vecinos (847) o por edictos (848) -referentes los dos primeros casos al supuesto de que por serle conocido hubiese designado el actor en su demanda el domicilio del demandado, y atinente el último al de que éste no tenga domicilio conocido según el demandante-: La Audiencia que hubiere dictado la sentencia firme que haya puesto término al pleito de separación o de divorcio será la competente para conocer del recurso de audiencia y contra la sentencia que lo resuelva declarando haber o no lugar a que se oiga al litigante condenado en rebeldía no se dará otro recurso que el de casación (849), salvo que se hubiese dictado la sentencia por el tribunal Supremo, en cuyo caso corresponderá al mismo declarar, sin ulterior recurso, ni procede o no oír al litigante condenado en rebeldía (850): La pretensión que deduzca el litigante rebelde para que se le oiga contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, y con audiencia de los demás interesados que hayan sido parte en el pleito (851).

Exponente de esta doctrina jurisprudencial lo tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1934, en que se casa y anula por el Tribunal supremo la sentencia de la Audiencia que deniega la audiencia interesada por la esposa demandada contra la sentencia dictada por la Sala de Instancia que estimó la demanda de divorcio promovida por su esposo, porque



al fundarse la resolución impugnada para denegar la audiencia interesada por el litigante rebelde, al se se emplazó por no tener domicilio conocido según el demandante en el pleito de divorcio por edictos, en que por haber comparecido la esposa demandada en los autos tramitados en su rebeldía después de publicada en el Boletín Oficial de la Provincia la sentencia de divorcio y antes de su publicación en la "Gaceta" de Madrid pidiendo que se la tuviese por notificada de ella se estaba en un caso de marcada analogía con el de la notificación personal a un litigante rebelde previsto en el artículo 771 de la Ley Procesal civil, el cual es en absoluto incompatible con el ejercicio del derecho de audiencia que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 777 de la citada Ley Procesal se pretendía por la esposa, al hacerlo así se infringió aquel precepto de carácter sustantivo a los efectos de la casación, interpretándolo erróneamente y no se hizo la debida aplicación del artículo últimamente citado de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"... Que para denegar la audiencia interesada por doña B.G.R. contra la sentencia de la Audiencia de Burgos de 17 de noviembre de 1932, que estimó la demanda de divorcio promovida por su esposo don A.G.L., fúndase exclusivamente el Tribunal "a quo" en la resolución recurrida en que por haber comparecido dicha señora en los autos tramitados en su rebeldía al publicarse en el "Boletín Oficial" de la provincia y antes de que se insertase en la "Gaceta de Madrid" la sentencia de divorcio, pidiendo que se la tuviese por notificada de ella, se estaba en un caso de marcada analogía con el de la notificación personal a un litigante rebelde previsto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el cual, añade la Sala sentenciadora, es en absoluto incompatible con el ejercicio del derecho de audiencia que con arreglo a lo dispuesto en el 777 de la misma por doña B.G.R. se pretende:

Que aunque en el Resultando segundo de la resolución recurrida consiguió el Tribunal de instancia que la sentencia

de divorcio se insertó en el "Boletín Oficial" de la provincia y en "Gaceta de Madrid", omitió en aquélla la expresión de la interesante circunstancia relativa a la forma en que se verificase en el pleito de divorcio el emplazamiento de la parte demandada, de todo punto precisa para la debida decisión del incidente promovido, puesto que, distinguiéndose la Ley Rituaria para la concesión al demandado rebelde del derecho a ser oído los tres casos de que su emplazamiento se hubiera verificado, en su persona, por cédula o por edictos, referentes los dos primeros al supuesto de que por serle conocido hubiese designado el actor en su demanda el domicilio del demandado, y atinente el último al de que éste no tenga domicilio conocido según el demandante, era inexcusable que la Audiencia de Burgos hubiera sentado en su sentencia impugnada el hecho tocante al modo en que tuviera efecto el emplazamiento de dicha señora en el pleito de divorcio promovido por su esposo, porque sólo de esta suerte podía y debía decidir si el precepto específico del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil invocado por doña B.G.R. en apoyo de su solicitud de que se la concediese audiencia por ella interesada, era o no aplicable a la situación procesal que en el pleito de divorcio creó a la indicada señora la aseveración de que no tenía domicilio conocido, hecha en su demanda por el demandante su marido:

Que de la diferente redacción de los artículos 771 y 772 de la Ley procesal civil se deduce que mientras el litigante rebelde a quien se hubiese notificado personalmente la sentencia definitiva no podrá utilizar contra ello otros recursos que el de apelación, y el de casación cuando proceda, conforme al primero de dichos preceptos, el artículo 772 no limita en cambio "solo" a esos dos recursos el derecho del litigante declarado en rebeldía a impugnar la sentencia contra él dictada; y, por lo tanto, si con arreglo a él no usa en sentido afirmativo el declarado rebelde de la opción que le concede contra la sentencia dictada en su rebeldía,

utilizando al efecto aquel de los recursos de apelación o de casación que fuera oportuno, porque juzgue que ha de ofrecerle mayores garantías para su defensa el ejercicio del derecho que le otorga el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrá sin duda el litigante rebelde que se halle en las condiciones en él determinadas, solicitar la concesión del derecho a ser oído contra aquella sentencia que el citado artículo 773 le confiere:

Que según este precepto, a los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía y no se hallaren en ninguno de los casos de los artículos 771 y 772, podrá concederse audiencia contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito; luego si la sentencia recurrida de la Audiencia de Burgos no afirma el hecho de que la recaída en el pleito de divorcio fuese notificada personalmente a doña B.G.R., sino por edictos, ni el de que esta demandada en uso de la potestad que le confiere el artículo 772 interpusiese recurso ordinario de apelación contra ella, o el extraordinario de revisión que autoriza el artículo 57 de la ley en los pleitos de divorcio si se admite que cuando de estos se trate hubiere de entenderse sustituido el de casación por este otro, claro es que D<sup>a</sup>. B.G.R. habrá de hallarse de lleno comprendida en el concepto del artículo 773 de la ley rituaría para que con arreglo a él pudiera aspirar a que el Tribunal de Burgos la concediese Audiencia contra la sentencia que puso fin al pleito de divorcio entablado por su esposo, porque no cabía negar el carácter de firme que exige el artículo citado a la sentencia pronunciada en él, desde el momento en que, por ser favorable el fallo al demandante se hallaba imposibilitado D. A.G.L. de utilizar el recurso previsto en el artículo 57 de la Ley especial de Divorcio; y en que, aún concediendo que hubiera podido interponerlo D<sup>a</sup> D. G.R. por estimarse comprendido dicho recurso de revisión entre los que conforme al artículo 772 de la ley de Enjuiciamiento civil tenía la facultad de utilizar,

no le entabló:

Que aunque la Audiencia de Burgos en la Sentencia recurrida silenció el esencial dato de D. A.G.L. planteó su demanda de divorcio alegando que su esposa se hallaba en ignorado paradero, así aparece de los periodicos oficiales a que alude la Sala en su resolución, y de ello es consecuencia que el emplazamiento de la demandada no pudo hacerse en su persona ni por cédula; y si por la indicada circunstancia tampoco le era dable a su esposo al dictarse sentencia en el pleito de divorcio haber hecho uso del derecho que le concede el artículo 769 de la Ley Rituaria de que aquella sentencia pronunciada en el juicio de divorcio seguido constantemente en rebeldía de su esposa se le notificase a ésta personalmente, puesto que le era imposible señalar, por desconocerlo, el domicilio de su cónyuge, es indudable que a la Audiencia de Busgos la estaba vedado estimar de oficio y por razón de analogía que la comparecencia y acutación ante ella de D<sup>a</sup>. B.G.R., después de publicada en el "Boletín Oficial" de la provincia la sentencia de divorcio, contra ella proferida, era equivalente a la notificación personal prevista en el artículo 769 de la Ley Rituaria para estimar comprendida a dicha señora en la situación procesal prevista en el artículo 771 de la misma, y que al hacerlo así la Sala sentenciadora infringió este precepto de carácter sustantivo a los efectos de la casación interpretándolo erróneamente y no hizo la debida aplicación del artículo 777 de la referida ley de Enjuiciamiento civil como al amparo del número primero del artículo 1692 alega la recurrente, por lo que debe casar y anularse la sentencia impugnada:

Que mientras los artículos 771 y 772 de la Ley de Enjuiciamiento civil se refieren a las diferentes formas de hacerse la notificación de la sentencia definitiva del pleito para señalar sobre esta base los recursos que contra ella puede utilizar el litigante rebelde, a partir del 773

en el que se reconoce a los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía y no se hallaren en ninguno de los casos de los dos artículos precedentes el derecho a la Audiencia respecto de aquella sentencia, toma la ley un punto de arranque muy anterior para la concesión de este beneficio, cual es el del emplazamiento del demandado, según pregonan los artículos 774 y ss. de la Ley procesal; y como en los autos se acredita que por haber alegado D. A.G.L. en su demanda que su esposa se hallaba en ignorado paradero necesariamente hubo de hacerse por edicto el emplazamiento de D<sup>a</sup> B.G.R. y que no compareció en los autos durante todo el curso del pleito de divorcio, ni pudo intentar siquiera el demandante con arreglo al artículo 769 de la ley rituarial la notificación personal a la demanda del fallo recaído que solo conoció por su publicación en el "Boletín Oficial" de la provincia, sin que contra él fuesen procedentes los recursos de apelación o de casación señalados en los artículos 771 y 772 de la Ley Procesal, ni estimarse pertinente la demanda entablada el de revisión de la ley de divorcio, notorio es por todo lo expuesto que D<sup>a</sup> B.G.R. permaneció constantemente en rebeldía durante la tramitación de los autos de divorcio, y que no se hallaba comprendida en ninguno de los casos previstos en los mencionados artículos 771 y 772 de la Ley de Enjuiciamiento civil y que, en su consecuencia, conforme a lo dispuesto en el 773 la asiste el derecho a ser oída contra la Sentencia firme que puso término al pleito de divorcio, si su solicitud se ha ajustado a los términos marcados en la referida ley:

Que para que por virtud de lo ordenado en el artículo 777 de la ley de Enjuiciamiento civil pueda ser oído contra la sentencia firme el demandado que por no tener domicilio conocido hubiere sido emplazado por edictos, según lo fue doña B.G.R. en el pleito de divorcio que la promovió su esposo ante el juzgado de primera instancia de Miranda de Ebro, es menester que concurran todas las circunstancias que el

mismo artículo 777 determina; y puesto que dicha señora ha justificado en los autos por medio de la prueba documental que practicó que a los pocos días de publicados el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia definitiva dictada en el pleito de divorcio, en el Boletín Oficial de la provincia de Burgos, solicitó contra ella audiencia; que estuvo constantemente fuera de la ciudad de Miranda de Ebro desde que fue emplazada por el Juzgado de Primera instancia de dicha localidad para el citado pleito hasta la indicada publicación de la sentencia; y que así mismo tampoco se hallaba en Miranda de Ebro al publicarse en este lugar los edictos para emplazarla, no cabe duda de que como imperativamente ordena el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil debe ser oída doña B.G.R. contra la sentencia que dictó la Audiencia de Burgos en el pleito de divorcio que sin conocimiento suyo entabló y tramitó contra ella su marido, y, por tanto, que procede revocar la sentencia pronunciada por la mencionada Audiencia en el incidente que con aquel propósito promovió ante ella doña B.G.R." (852).

(842) Dispone el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"El litigante rebelde a quien haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva solo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el de casación cuando proceda si los interpone dentro del término legal".

A su vez, el artículo 769 de la misma ley procesal civil dispone:

"La sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicitare la parte contraria. En otro caso se hará la notificación en la forma prevenida en los artículos 282 y 283".

(843) Dispone el artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"Los mismos recursos podrán utilizar los litigantes declarados en rebeldía, a quien no haya sido notificada personalmente la sentencia.

En este caso, el término legal para interponerlos se contará desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el "Boletín Oficial" de la provincia".

Cfr. en nota anterior, el artículo 769 de la Ley Procesal civil.

(844) Esta posibilidad aparece reconocida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 542-: En juicio de divorcio seguido a instancias del marido demandante se dictó sentencia en rebeldía de la esposa demandada concretándose el divorcio con culpabilidad de ésta, e interpuesto por la misma recurso de revisión por injusticia notoria del fallo dictado por el Tribunal "a quo" fundamentándolo en haber sido dictado en juicio en el que la demandada permaneció totalmente ausente del procedimiento a causa de haber su esposo ocultado el domicilio de ella no obstante serle conocido, es desestimado su recurso por el Tribunal Supremo por no afectar tal alegación los fundamentos del fallo, señalando igualmente la imposibilidad de este Supremo Tribunal para decidir, sin haberle sido sometida expresamente la cuestión, sobre la procedencia de aplicar a esta clase de juicios

las reglas pertinentes contenidas en el Título IV- "De los juicios en rebeldía"-, Libro II de la Ley procesal civil, las que, en todo caso, serían reservadas a la competencia de la Audiencia respectiva:

"... Que interpuesto este recurso de revisión al amparo del nº 3º del artículo 57 de la Ley de divorcio, fundamentando la injusticia notoria del fallo en haber sido dictada en juicio en el que la demandada permaneció totalmente ausente del procedimiento a causa -dice la recurrente- de haber su esposo ocultado el domicilio de ella, no obstante serle conocido; es obligada la desestimación del recurso por no aceptar tal alegación a los fundamentos del fallo, sin que a este recurso especial que autoriza el artículo 57 citado pueda serle de aplicación, como interesa la recurrente, norma legal alguna del extraordinario que regula la ley procesal en el título XXII de su libro II, ni, por otra parte, sepa que este Tribunal Supremo, sin haberle sido sometida expresamente la cuestión, decida sobre la procedencia de aplicar a esta clase de juicio las reglas pertinentes entre las contenidas en el Título IV, Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento civil, las que, en todo caso, serían reservadas a la competencia de la Audiencia respectiva":

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi 1871- desestima igualmente el recurso de revisión que por la causa segunda del artículo 57 de la Ley de Divorcio interpuso contra la sentencia dictada contra el Tribunal de Instancia al marido demandado, al que se practicó la notificación de la sentencia conforme al artículo 769 de la Ley Procesal civil, por no ser bastante para atribuir su indefensión la mera alegación del litigante rebelde de que la actora había simulado ignorar que el demandado la requirió ante determinado Juzgado Municipal para que hiciera vida en común juntamente con sus hijos y que fue un ardiz al hacer como que ignoraba su paradero ya que para notificarle la sentencia fue encontrada sin dificultad:

"... Que el pleito de separación a que se contraen los procedentes autos ha sido fallado por rebeldía del demandado y en obediencia y régimen formal de las normas procesales que regulan la especie y se practicó la notificación de la sentencia conforme al artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin que sea posible que falta de elementos demostrativos hacer en el presente trámite pronunciamiento alguno sobre la maliciosa conducta de la parte actora de dar como ignorado el domicilio de su cónyuge, ya que aparecen hechos los llamamientos legales por los medios supletorios que el ordenamiento rituario establece y no es bastante la mera alegación del rebelde para atribuir indefensión por esa sola contingencia".

(845) Dispone el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"A los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía y no se hallaren en ninguno de los casos de los dos artículos que proceden, podrá concederse audiencia contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito, para obtener su revisión y un nuevo fallo en los casos concretos que se determinan en los artículos siguientes"- artículo 774 a 777-.

(846) Concesión al litigante rebelde del derecho a ser oído contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito en el caso de que su emplazamiento se hubiere verificado en su persona:

Artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Dispone:

"No será oído contra la sentencia firme el demandado emplazado en su persona que por no haberse presentado en el juicio haya sido declarado en rebeldía. Exceptuándose el caso en que acreditare cumplidamente que, en todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida".

A su vez, el artículo 775 de la misma ley procesal dispone:

"Para que pueda prestarse audiencia en el caso del artículo anterior, se necesita indispensablemente que se haya solicitado aquella y ofrecido la justificación de la fuerza mayor dentro de 4 meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el "Boletín Oficial" de la Provincia".

(847) Concesión al litigante rebelde del derecho a ser oído contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito en el caso de que su emplazamiento se hubiere verificado por

cédula entregada a sus pariente, familiares, criados o vecinos: Artículo 776 de la Ley procesal Civil:

"Se prestará audiencia contra la sentencia dictada en su rebeldía al demandado que hubiere sido emplazado por cédula entregada a sus parientes, familiares, criados o vecinos, si concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª: Que la pida precisamente dentro de 8 meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el "Boletín Oficial" de la provincia. 2ª: Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de emplazamiento haya sido entregada".

(848) Concesión al litigante rebelde del derecho a ser oído contra la Sentencia firme que haya puesto término al pleito en el caso de que su emplazamiento se hubiere verificado por Edicto: Artículo 777 L.E.C.:

"El demandado que por no tener domicilio conocido haya sido emplazado por Edictos, será oído contra la Sentencia firme cuando concurren todas las circunstancias siguientes: 1ª: Que la solicite dentro de un año, contado desde la fecha de publicación de la ejecutoria en el "Boletín Oficial" de la provincia. 2ª: que acredite haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio, desde que fue emplazado para él hasta la publicación de la sentencia. 3ª: Que acredite asimismo que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo".

(849) Dispone el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"A la Audiencia que haya dictado la ejecutoria, o a cuyo distrito pertenezca el juzgado de primera instancia cuya sentencia haya quedado firme, corresponde el conocimiento de estos incidentes.

Contra la sentencia que los resuelva declarando haber o no lugar a que se oiga al litigante condenado en rebeldía, no se dará otro recurso que el de casación".

(850) Dispone al artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

"En los casos en que el Tribunal Supremo hubiere dictado la sentencia, corresponderá al mismo declarar, sin ulterior recurso, si procede o no oír al litigante condenado en rebeldía".

(851) Respecto a la sustanciación del recurso de audiencia al litigante rebelde, Cfr. Art. 778, 783 ss. de la Ley Procesal Civil.

(852) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 772 y 772 bis-.

En este sentido, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 586-: En la misma se desestima que el Tribunal Supremo conforme a la doctrina establecida en la sentencia anterior el recurso de casación interpuesto por el marido demandante en juicio de divorcio en que se condenó a su esposa demandada en rebeldía contra el fallo dictado por el Tribunal de instancia que acordó la audiencia del litigante rebelde, por ser de aplicación en esta clase de juicios el recurso de audiencia:

"... Que este Tribunal Supremo ha establecido en su sentencia de 26 de Abril de 1934 la doctrina de que en los juicios de divorcio tramitados con la total ausencia en el procedimiento de la parte demandada puede esta pedir conforme al artículo 773 de la Ley de enjuiciamiento Civil y deberá serle otorgada cuando no se hallare en ninguno de los casos de los artículos 771 y 772 de la propia ley, audiencia contra la Sentencia firme recaída en el juicio, para obtener su rescisión y un nuevo fallo, siempre que además concurren las circunstancias que respectivamente señalan para las distintas situaciones los artículos 774, 775, 776 y 777 de la ley citada; doctrina que tiene su principal fundamento en disponer por la ley de divorcio en su artículo 46, que los juicios se sustanciarán por los trámites fijados en la ley procesal civil para el juicio declarativo de menor cuantía, con las variantes que la propia ley del divorcio establece y entre las que no figura la de negar la audiencia a los rebeldes en los términos expuestos: Que la procedente doctrina hace improsperarle el recurso interpuesto contra el fallo de la Sala de Pontevedra que acordó la Audiencia impugnada e invalidó a tal fin los tres motivos aducidos".



9.3. Del procedimiento de separación y de divorcio:  
Del procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso:

El ejercicio de la acción de separación o de divorcio por mutuo acuerdo disenso, o sea, cuando existe una voluntad auténtica y sincera de los cónyuges de separarse o divorciarse, requiere que ambos cónyuges pidan conjuntamente la separación o el divorcio, sin que sea preciso alegar causa alguna que sirva de base a sus pretensiones, que funda únicamente en su libre voluntad, ni que invoquen culpabilidad para alguno de ellos, siendo el procedimiento a seguir el establecido en la sección 3ª del capítulo 5º de la Ley de divorcio, que no admite contienda ni discusión alguna entre los cónyuges:

En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el juez competente en la forma prevenida en el artículo 49 -artículo 63 de la ley de Divorcio- (853): En cuanto a la competencia objetiva por razón de la materia y la competencia territorial para conocer de los procedimientos de separación y de divorcio por mutuo disenso, hay que estar a las disposiciones generales de esta ley especial de divorcio contenidas en la sección primera del capítulo 5º de la misma -artículo 41 y 42 (854)-; conforme al artículo 49 de la ley de Divorcio, las partes deberán comparecer asistidas de procurador que las represente y de abogado que las dirija (855):

El juez levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados y, dentro de los tres días siguientes, citará a nueva comparecencia a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará, mediante un interrogatorio escrupuloso, la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse (856): Ratificados los cónyuges, el juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a la personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensio

nes alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Divorcio; de todo ello se levantará acta, que será firmada por el juez, por los cónyuges y por el actuario (857): De los argumentos de la comisión para rechazar una enmienda del Sr. Gasset al artículo 60 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio, así como de la redacción de los artículos 64 y 65 de la Ley de Divorcio, parece ser que la ratificación de los cónyuges ante el juez supone el reconocimiento de la plenitud intelectual y de la facultad de libre determinación de los que van a separarse o divorciarse, limitándose la función del juez a decretar su separación y adoptar las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos y pensiones alimenticias en su caso conforme a los convenios de los interesados y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la ley de divorcio, levantando acta de todo ello que se firmará por el Juez, los conyuges y el actuario, interpretación que aparece avalada, a su vez, por lo dispuesto en el artículo 66 de la misma ley según se hubiere solicitado por aquellos la separación o el divorcio:

"Si se hubiere pedido la separación, se decretará desde luego después de la ratificación.

En caso de haberse solicitado el divorcio, el juez citará a las partes a nueva comparecencia, 6 meses después, para que manifiesten si persisten en su proposito de divorciarse" (858):

En el primer supuesto, esto es, en el caso de que se hubiere pedido la separación, creemos que las medidas oportunas a adoptar por el juez, a falta de convenio entre los cónyuges respecto de las personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso, se adoptarán de modo definitivo conforme a las disposiciones de la ley especial de divorcio,

naturalmente con las alzas jerárquicas procedentes en cuanto uno de los cónyuges se crea perjudicado por las resoluciones adoptadas por el juez en estas materias, y con la posibilidad de que dicho régimen, conforme al artículo 18 de la misma ley, puede ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos, y con las especialidades que veremos en su momento respecto a la cesación o modificación del derecho a alimentos. En el segundo supuesto, esto es, en el caso de que se hubiere pedido el divorcio, el juez citará a las partes a nueva comparecencia, 6 meses después, para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse, y transcurridos los 6 meses, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia 6 meses mas tarde: Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse el juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de la ley de divorcio (859). La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias se interpretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado (860). La sentencia firme de divorcio se comunicará de oficio al registro civil en que conte la celebración del matrimonio y a aquel en que radiquen las inscripciones de nacimiento (861).

---

(853) Artículo 63 de la Ley de Divorcio: "En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el Juez competente en la forma prevenida en el artículo 49" (Artículo 58 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio. El artículo 60 del proyecto de divorcio disponía: "En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el Juez competente, personalmente o por medio de representante con poder especial"):

Una enmienda del Sr. Casanueva al artículo 58 del dictamen proponía la siguiente redacción del mismo:

"En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer personalmente ante el Juez competente" (Cfr. Diario de sesiones, Apéndice 5º al NÚM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 24 de febrero de 1932 -NÚM. 122-, y retirada por los firmantes de la misma, quedó aprobado sin discusión alguna este artículo 58 del dictamen (Cfr. diario de sesiones, Tomo VII, p. 3987).

(854) Cfr., en este capítulo, punto 9.1.1. de la tesis.

(855) Cfr., en este capítulo, punto 9.2.1. apartado d) de la tesis.

(856) Disponía el artículo 64 de la Ley especial de Divorcio:

"Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados.

Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará, mediante un interrogatorio escrupuloso, la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse" (Artículo 61 del proyecto de ley de divorcio y 59 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio):

Leído este artículo 59 del dictamen y una enmienda al mismo del Sr. Gasset en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 112-, y reiterada aquella por el Sr. Gasset, quedó aprobado sin discusión alguna este artículo 59 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987). Conforme a la enmienda suscrita por el Sr. Gasset, se proponía se añadiera al artículo 59 del dictamen un párrafo de este tenor:

"Al mismo tiempo, el juez inquirirá si los cónyuges tienen ascendientes, descendientes mayores de 16 años o hermanos, y si le ofreciera duda respecto a si está libremente expresada la voluntad de los esposos, pedirá a aquellas personas de la familia informes respecto a los verdaderos motivos de la resolución, y, si lo estima necesario, informe facultativo respecto al estado mental de uno o ambos cónyuges, hasta llegar a la convicción de que la expresión de la voluntad es libre" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109).

(857) Disponía el artículo 56 de la Ley de Divorcio: "Ratificado los cónyuges el juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare, y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de esta ley. De todo ello se levantará acta, que será firmada por el juez, por los cónyuges y por el actuario" (Artículo 65 del Proyecto de Ley de divorcio y 60 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio):

Una enmienda del Sr. Gasset al artículo 60 del dictamen proponía quedaría el mismo redactado en la forma siguiente:

"Ratificados los cónyuges, si el juez estima que ambos están en la plenitud de sus facultades mentales y obran libremente, decretará su separación y adoptará las disposiciones relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos y pensiones alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley. De todo ello se levantará acta, que será firmada por el juez, por los cónyuges y por el actuario.

En el caso contrario, el juez hará saber a las partes las deudas que se le ofrezcan, para que en el término de 20 días aduzcan las pruebas que se estimen convenientes, enviando el expediente a la Audiencia provincial para que, oyendo al ministerio fiscal, dicte las resoluciones procedentes" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-, el Sr. Gasset la defiende con base al supuesto de no ocuparse el texto del dictamen del caso en que el juez estime que las partes no han manifestado con bastante libertad su opinión y que, por consiguiente, deniegue lo solicitado por los cónyuges, en cuyo caso se hace necesario que funde los motivos de su negativa y dar a los cónyuges la posibilidad de que un órgano superior decida sobre la cuestión:

"... Creo que si la Comisión fijara su atención en esta enmienda, la afectaría, cuando menos en el espíritu.

El dictamen se refiere al caso en que el juez acceda a la petición de las partes litigantes, pero no se ocupa del caso contrario; esto es, de aquel en que el juez estime que las partes no han manifestado con bastante libertad su opinión y que, por consiguiente, esté inclinado a denegar lo solicitado por los litigantes. Claro está que la primera parte de esto no habría necesidad siquiera de apuntarlo, pero el juez ha de tener facultad para denegar aquello que se ha pedido; pero ahora viene la dificultad: si lo deniega

el juez, ¿Que recurso cabe? ¿se va a conceder el recurso correspondiente a un incidente cualquiera de aquellos que se suscitan durante el pleito? esto tiene, en mi concepto, una dificultad, y además representa un retraso, que todos debemos evitar, en la solución, porque el juez habrá denegado, pero no habrá dicho en qué funda su opinión negativa, y esto es lo que se concreta en la última parte de la enmienda: Que el juez hará manifestación a las partes de los motivos de su negativa, que claro está han de tener relación con la libertad que deben tener los cónyuges para separarse libremente, según lo estimen convenientemente, y ya conocidos por los cónyuges los motivos de la negativa, en término de 20 días, podrán aportar aquellas pruebas que estimen convenientes y entonces, no el propio juez, porque podría estimarse que era parcial, sino el Tribunal Provincial, será el que dictará sentencia.

Yo creo que esta es una facilidad para el procedimiento que no puede perjudicar, en modo alguno, a los propósitos de la Comisión, y por eso agradecería que, en bien de esos mismos litigantes, aceptara la enmienda":

En nombre de la Comisión, el Sr. Rico Avello rechaza las razones del Sr. Gasset por entender que la ratificación de los cónyuges ante el juez supone ya el reconocimiento implícito, terminante, de la plenitud intelectual y de la facultad de libre determinación de los que van a separarse o a divorciarse y, por lo tanto, hecha la ratificación, el juez se limitará a adoptar aquellos convenios en los cuales las partes hubiesen llegado a un acuerdo, y si no hubiere ese convenio, el juez aplicará lo que dispone terminantemente el artículo 41 del dictamen:

"... Sres. diputados, la Comisión entiende que la enmienda que firma en primer lugar el Sr. Gasset no puede ser admitida por las razones que brevemente voy a exponer.

Con la enmienda se aspira simplemente a introducir en el primer párrafo del texto del proyecto las palabras "si el juez estima que ambos están en la plenitud de sus facultades mentales y obran libremente". Estas palabras, a juicio de la Comisión, son completamente innecesarias. La ratificación de los cónyuges, tal y como ha quedado aprobada en el artículo precedente, supone ya el reconocimiento implícito, terminante, al hacerse la ratificación, de la plenitud intelectual y de la facultad de libre determinación de los que van a separarse o a divorciarse. No es, pues, necesario que vuelva a hacerse declaración sobre esas facultades mentales y sobre esa facultad de libre determinación de aquellos que anteriormente se han ratificado ante el juez. El juez se limita, según el precepto que ha sido aprobado, a adoptar aquellos convenios en los cuales las partes hubiesen llegado a un acuerdo; es decir, que si hay un acuerdo, ese acuerdo es el que vale y el que prevalece, y si no hubiera ese convenio, el juez aplica, ejecuta lo que dispone terminantemente el artículo 41; y esto hace innecesario también, por otra parte, el segundo párrafo de la enmienda, que empieza con las palabras; "En el caso contrario". Este supuesto de caso contrario no cabe lógicamente, porque si hay convenio, el juez adopta el acuerdo, y si no lo hay, ejecuta lo que dispone el artículo 41; y por eso la Comisión rogaría al Sr. Gasset que retirase la enmienda":

El Sr. Gasset, interviniendo en turno de rectificación, se muestra disconforme con las manifestaciones del Sr. Avello según las cuales la ratificación de los cónyuges ante el juez supone ya el reconocimiento implícito de la plenitud intelectual y de la facultad de libre determinación de los que van a separarse o divorciarse:

"... Agradezco a la Comisión, y muy especialmente al señor que ha tenido a bien hacer uso de la palabra, la amabilidad con que ha refutado mi argumentación, pero no me ha convencido. Porque se habla de que estén en el pleno uso de sus facultades intelectuales; pero muy bien pudiera ocurrir que el juez, de las pruebas practicadas, dedujera lo contrario y en este caso, aun cuando el divorcio haya sido solicitado por ambas partes, no procede, porque una de ellas, o tal vez las dos, no se produce con la libertad necesaria para poder tomar un acuerdo de tanta importancia. Y luego se habla del caso contrario; es decir, que cuando el juez, en lugar de tomar la determinación afirmativa, estime que debe tomar la negativa, en este caso, en lugar de dictarla así, lo cual representaría una negativa que tendría que motivar un recurso de reposición, se limite a hacerlo constar y a añadir los motivos que tiene para ello, con objeto de que las partes puedan ampliar todas aquellas pruebas que consideren convenientes":

Al insistir el Sr. Avello en los argumentos de la Comisión, el Sr. Gasset retira su enmienda:

"... La Comisión insiste, con todos los respetos y consideraciones que guarda al talento y experiencia del Sr. Gasset, en el punto de vista que ha mantenido, es decir, que la ratificación de las partes ante el juez supone el reconocimiento de la plenitud intelectual de los cónyuges que van a separarse y de sus facultades de libre determinación y, por lo tanto, no ve la necesidad de la introducción de las palabras que entrañan la enmienda del Sr. Gasset (El Sr. Gasset: Retiro la enmienda)" (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Gasset: Cfr. diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987-3988).

A continuación fue rechazada una enmienda del Sr. Samper que proponía la siguiente redacción del artículo 60 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Ratificados los cónyuges, el juez, si no existieren hijos de ambos, menores de edad, decretará la separación y adoptará las disposiciones que corresponda, conforme a los convenios de los interesados, o, en su defecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de esta ley.

También decretará la separación en el caso de existir hijos menores de edad, si previamente hubieren establecido los cónyuges un acuerdo que garantice suficientemente, a juicio del juez, los derechos, la asistencia paterna y materna y la educación de tales hijos. En otro caso, la denegará.

De todo ello se extenderá acta, que será firmada por el juez, los cónyuges y el actuario" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 119 y Tomo VII, p. 3988).

Cfr., en este capítulo, punto 9.1.2. de la tesis.

(858) Artículo 63 del proyecto de ley de divorcio y 61 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 61 del dictamen fue aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 24 de febrero de 1932 -NUM. 122- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3988).

(859) Dispone el artículo 67 de la Ley especial de Divorcio:

"Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia seis meses mas tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el Juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta ley" (Artículo 64 del proyecto de ley de divorcio y 62 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio):

Leído este artículo 62 del dictamen y una enmienda al mismo del Sr. Jaén en la sesión del día 24 de febrero de 1932 -NUM. 122-, habiéndose rechazado aquella por no estar presente el Sr. Jaén en la Cámara, quedó aprobado sin discusión este artículo 62 del dictamen (Cfr. diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3988). Esta enmienda del Sr. Jaén proponía:

"62. Quedará suprimido el párrafo primero y agregado el segundo al artículo 61, de modo que queden reducidas a dos las comparecencias ante el juez, y que el plazo para decretar el divorcio por mutuo disenso no pase de seis meses" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 107).

(860) El artículo 68 de la Ley de Divorcio establecía: "La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias a que se refiere el artículo anterior, se interpretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado" (Artículo 65 del proyecto de ley de divorcio y 63 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 63 del dictamen fue aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 24 de febrero de 1932 -NUM. 122-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3988).

(861) Disponía el artículo 69 de la Ley de Divorcio: "Las sentencias firmes de divorcio se comunicarán de oficio al Registro Civil en que conste la celebración del matrimonio y a aquel en que radiquen las inscripciones de nacimiento" (Artículo 66 del proyecto de ley de divorcio y 64 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 64 del dictamen fue aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 24 de

Febrero de 1932 -NUN. 122-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3988).

Una enmienda del Sr. Barriobero proponía la adición de un artículo al texto del dictamen con la siguiente redacción:

"Los cónyuges que lleven separados de hecho mas de cinco años podrán solicitar del juez una declaración acreditativa e inscribible en el Registro de su estado de divorciados.

Para ello bastará que uno lo solicite y el otro, en comparecencia separada, reconozca el hecho.

Si citados por segunda vez con apercibimiento no compareciese, se le tendrá por conforme" (Cfr. Diario de Sesiones Apéndice 4º al NUN. 110):

Leída por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUN. 122-, en defensa de la misma destaca el Sr. Barriobero que la enmienda tiende a evitar el que tengan que sostener un pleito para divorciarse los que lleven de hecho cinco años o mas tiempo separados, arbitrando para estos casos un procedimiento rápido y sencillo:

"... Sres. Diputados, se refiere esta enmienda a los estados de hecho; es decir, a evitar el que tengan que sostener un pleito para divorciarse los que llevan de hecho cinco años o más tiempo separados.

El procedimiento que propongo es que cualquiera de los cónyuges comparezca ante el Juez y le requiera para que haga constar en acta el estado de separación de hecho, de divorcio de hecho en que el matrimonio se encuentra, pero no prescindiendo del otro cónyuge, a quien separadamente se le oír también, si es que quiere comparecer; y si a la segunda citación no comparece, se le tenga conforme.

Esta tendencia es bien clara. El objeto que se propone la enmienda es evitar la demanda, la contestación, las costas, todo aquello que no han de poder pagar los que se encuentran separados de hecho, porque el que ha tenido dinero para divorciarse ha seguido los procedimientos que rigen todavía y regirán hasta que esta ley se promulgue, pidiendo el depósito y todos los demás trámites. De forma, que se refiere la enmienda a consolidar esta situación de hecho y haría inscribible en el Registro. No sería inscribible en el Registro por la sola manifestación de uno de los cónyuges, ni de los dos que tratan de divorciarse; pero sí en virtud de un acta judicial; y se trata de sustanciar el pleito con solo una comparecencia, ahorrando trámites y costas.

Me explico que una Comisión de abogados no admita esta enmienda; pero como en la Cámara, por fortuna, los abogados no son mayoría, el asunto es tan claro que tengo la esperanza de que ha de triunfar la propuesta":

Para el Sr. Gomariz, de la Comisión, esta enmienda no tiene defensa pausable, pues no se pierden garantías sometiendo a un Juez el caso previsto en la misma, ya que compareciendo y demostrándose que esta separación de hecho es una realidad, bastando que la misma sea por tres años, el Juez no tiene más remedio que dictar sentencia:

"... Extraña a la Comisión que, a falta de un razonamiento profundo, como suyo, el Sr. Barriobero hubiese de esgrimir el argumento tan pobre de ostentar nuestra calidad de abogados para rechazar una enmienda que no tiene posible defensa, ni como abogado ni como profano. No tiene defensa posible desde el punto de vista de este dictamen de divorcio, porque la intervención del juez y su fallo son inexcusables para la Comisión para toda suerte de pleitos de divorcio; y si comparece un cónyuge separado más de cinco años a manifestar este hecho y lo reconoce el otro cónyuge, puede darse uno de estos casos: o el divorcio por mutuo disenso o la separación por mutuo disenso -cualquiera de los que el proyecto prevé-, y sin necesidad de ningún trámite es asunto terminado. Lo que no podemos hacer es soslayar la cuestión por ese procedimiento tan rápido y sencillo, que estará muy bien en otras legislaciones, pero que no está de acuerdo con el contexto de este proyecto de ley.

Creo que el Sr. Barriobero estará conforme en que no se pierden garantías sometiendo a un juez el caso de algunos que estén separados más de cinco años (tres nos bastan a nosotros, según el proyecto) y compareciendo y demostrándose que esta separación de hecho es una realidad, el juez no tiene más remedio que dictar sentencia. Lo otro es una investigación por separado de cada uno de los cónyuges que no conduce a ningún resultado eficaz.

Invito a S.S. a que, demostrada la tendencia plausible, quizá, dentro de sus teorías, para conseguir esta rapidez en el divorcio, haciéndose cargo de estas razones, retire la enmienda y no nos ponga en el caso de votarla":

Para el Sr. Barriobero no se trata más que de una mera cuestión de procedimiento:

"... Yo no puedo retirar la enmienda, en primer lugar, porque para retirarla no la hubiese presentado; como comprenderá la Comisión, yo he reflexionado antes de presentarla, porque venir aquí a un turno retórico no tendría objeto, ni merece una argumentación profunda. Se trata sencillamente de una cuestión de procedimiento.

Dice el Sr. Gomariz, en nombre de la Comisión, que no se trata más que de presentar la demanda y de contestar la demanda. Pues eso es lo que yo no quiero; ni que se presente la demanda, ni que se conteste la demanda, ni que tenga que intervenir procurador ni abogado, ni que se paguen costas, sino que aquel que esté en situación de hecho divorciado, comparezca ante el juez y diga: señor juez, yo hace cinco años, seis o veinte años que estoy separado de mi mujer, llámela, a ver si está conforme con esta situación y podemos inscribirla, puesto que el divorcio de hecho lo tenemos acordado (El Sr. Gomariz: Es caso de mutuo disenso) De mutuo disenso, pero con demanda, y yo lo que propongo es que ese mutuo disenso sea sin demanda.

Y comparece la mujer a la citación judicial y dice: yo estoy conforme; estoy separada de mi marido hace cinco, seis o veinte años, y me encuentro muy bien así. El Juez levanta acta y da la certificación y se inscribe el divorcio, con todos sus efectos, por comparecencia, no por demanda, ni por contestación a la demanda, que es lo que se trata de evitar con la enmienda":

Para el Sr. Gomariz, de la Comisión, se trata en el supuesto planteado por el Sr. Barriobero de un caso de mutuo disenso, aun cuando la comparecencia ante el Juez deberá hacerse por procurador y abogado, que es lo que trata de evitar el firmante de la enmienda:

"... El Sr. Barriobero, S.S. propone esto, y lo conveniente es el mutuo disenso, porque para el mutuo disenso no hace falta demanda; con que comparezcan los dos cónyuges y digan que están separados, el divorcio surge de hecho a los tres años, no a los cinco. Vea el Sr. Barriobero como lo que hace es retrasar el plazo del divorcio.

Pero, además, en el segundo aspecto, lo que S.S. propone es evitar el comparecer por procurador o por abogado, y eso ya, desgraciada o afortunadamente, no se puede discutir, porque la Cámara lo ha votado y está acordado que se comparezca por procurador o por abogado. Así que este segundo aspecto está ya votado. En cuanto al otro, tampoco se puede discutir, porque en definitiva es el caso de mutuo disenso; cuando viven dos cónyuges más de cinco años separados, eso es el mutuo disenso, sin demanda":

Insiste el Sr. Barriobero, en turno de rectificación, en que lo que pretende en este caso especial no es sino prescindir de toda clase de formalidades, pudiéndose obtener el divorcio por mera comparecencia ante el Juez sin necesidad de comparecer representado por procurador y defendido por letrado:

"... Si la Comisión ha recogido esta enmienda, como dice anteriormente, reduciendo el plazo, podía haberlo dicho y yo hubiese retirado la enmienda (El Sr. Gomariz: Si S.S. hubiese leído el Diario de Sesiones se hubiera dado cuenta) Es que no hay manera ni tiempo para estar en estos detalles, sobre todo con el ajeteo, que lleva este debate. Si la Comisión, que es la que tiene obligación de estar entrada, me hubiera advertido, yo no hubiera sostenido mi enmienda.

Yo, a lo que me refiero es que en este caso especial se puede prescindir de toda clase de formalidades, de procurador y de abogado, y que se haga por comparecencia, en vez de por demanda. Si nos ponemos de acuerdo en la forma, pues no hay más que decir (El Sr. Gomariz: Ya está)":

Sometida a votación esta enmienda del Sr. Barriobero, fue rechazada por la Cámara (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Barriobero proponiendo un nuevo artículo al texto del dictamen: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3989-3990).



10. La Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932: De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes:

El capítulo tercero de la Ley especial de divorcio regula minuciosamente el tema de los "efectos de divorcio", tanto en cuanto a las personas de los cónyuges y de los hijos, como en cuanto a los bienes del matrimonio y alimentos: Las normas de esta parte de la Ley son de tal trascendencia que, como señala el Ministro de Justicia en el preámbulo del proyecto de ley de divorcio, estas normas se elevan a categoría de leyes civiles de orden público, cuya vigencia y aplicación está por encima de la voluntad de los interesados.

10.1. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a las personas de los cónyuges:

10.1.1. El divorcio como institución jurídica lleva anejo la disolución del vínculo conyugal -"divortium quoad vinculum"-, con la consiguiente libertad reconocida a los cónyuges de contraer nuevas nupcias con tercera persona: Este efecto típico del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges vino a reconocerse explícitamente en el artículo 11 de la Ley de Divorcio, que establecía:

"Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable solo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de trescientos un días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas quinta, sexta, undécima y duodécima, y por mutuo disenso":

Estas limitaciones al cónyuge culpable para contraer

válidamente nuevo matrimonio, así como la sujeción de la mujer a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil en determinados supuestos, culminan en la Ley de Divorcio con la prohibición absoluta para contraer válidamente nuevo matrimonio contenida en el artículo 12 de la misma:

"No podrá contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiere sido declarado culpable por la causa tercera del artículo tercero".

a) Limitaciones y prohibiciones al cónyuge culpable para contraer válidamente nuevo matrimonio:

Nuestro legislador, al regular los efectos del divorcio no olvida que el sistema de la Ley se determina preferentemente por el principio del divorcio culpable, aun cuando se admitan por excepción algunos motivos no culposos, y he ahí que, aun cuando respeta plenamente el cónyuge inocente su derecho a contraer nuevo matrimonio, limita este derecho respecto del cónyuge incurso en una causa culposa de divorcio que sólo podrá contraer nuevo matrimonio transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia, salvo que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3º, en cuyo caso se le prohíbe contraer válidamente nuevas nupcias.

Las posiciones opuestas en torno a este tema de las limitaciones y prohibiciones al cónyuge culpable para contraer válidamente nuevo matrimonio hace preciso el estudio de los diversos criterios mantenidos al respecto:

1º: Proyecto de ley de divorcio (862): en el proyecto de ley de divorcio se respeta plenamente al cónyuge inocente su derecho a contraer nuevo matrimonio desde que fue firme la sentencia de divorcio, y se limita respecto del cónyuge culpable de divorcio este derecho a contraer nuevo matrimonio hasta transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia,

salvo que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3º del proyecto -esta causa tercera del artículo 3º del proyecto de ley de divorcio coincide con la causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio-, o hubiese sido declarado dos veces culpable en proceso de divorcio, en cuyos casos se le prohíbe contraer válidamente nuevo matrimonio.

2º: Dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio (863): En el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio se respeta plenamente al cónyuge inocente su derecho a contraer nuevo matrimonio desde que fue firme la sentencia de divorcio, y se limita respecto del cónyuge culpable de divorcio este derecho a contraer nuevo matrimonio hasta transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia, desapareciendo las prohibiciones al cónyuge culpable para contraer válidamente nuevas nupcias.

3º: Enmienda del Dr. Juarros proponiendo un nuevo artículo entre el sexto y el séptimo del dictamen del siguiente tenor:

"El divorciado o divorciada por tercera vez no podrá contraer nuevas nupcias sin ser previamente autorizado después de un examen psiquiátrico" (Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105):

Leída por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117-, interviene el Sr. Juarros para explicar el fondo y el sentido de la enmienda por él suscrita, destacando dos aspectos del problema, que existen constituciones psicopáticas que producen modos de reaccionar de carácter marcadamente patológico que pueden pasar desapercibidas para los profanos y aún para médicos generales, y que cuando un hombre o una mujer se divorcia por tercera vez demuestra una ineludible falta de adaptación al contrato matrimonial y de ahí su solicitud de

que por quien tres veces demostró ya su incapacidad para la vida matrimonial demuestre, si desea contraer nuevas nupcias, que tal inadaptación no obedece a una causa patológica:

"... El problema es este: Ninguno de los Sres. Diputados representates ignora que existen constituciones psicopáticas que producen modos de reaccionar de caracter marcadamente patológico que pueden pasar desapercibidos para los profanos y aún para médicos generales. Segundo aspecto: Cuando un hombre o una mujer se divorcia por tercera vez, demuestra una indudable falta de adaptación al sacramento del matrimonio (Risas y rumores.- El Sr. Pérez Madrigal: Eso si que es rural) Un lapsus al contrato matrimonial. No puede sostenerse la tesis de que conviene tolerar que una persona de constitución psicopática vaya haciendo víctimas a través de su vida. Quien tres veces demostró su incapacidad para la vida matrimonial, debe demostrar que en la repetición no existe una razón psicopática. Aun cuando no consta en mi enmienda, yo pido que se adicione la obligación de dar a conocer a la persona con quien se vaya a contraer matrimonio las causas o motivos de los divorcios anteriores. Precisa evitar que esta ley de divorcio puede dar lugar a que personas con trastornos mentales profundos vayan a través de su vida haciendo víctimas.

Aspiro exclusivamente a que la Comisión se de cuenta de que si una persona demuestra una inadaptación conyugal tres veces, no es mucho pedir que sea fiscalizada psiquiatricamente por si tal inadaptación obedece a una causa patológica, y en este caso, proceder de acuerdo con las leyes. Este es el fondo y el sentido de mi enmienda":

Para rechazar, en nombre de la Comisión, esta enmienda, interviene en su discusión el Sr. Del Río que señala como la misma no solo contradice lo dispuesto en el artículo décimo del dictamen que establece el principio de que por la sentencia firme de divorcio los cónyuges divorciados quedan en libertad

de contraer nuevo matrimonio, sino que además en ella no se establece distinción entre el concepto de cónyuge culpable y el de cónyuge inocente, no pudiéndose admitir el condenar a una persona que se haya visto en necesidad de pedir tres veces el divorcio por causas imputables al otro cónyuge a una incapacidad absoluta para volver a contraer matrimonio:

"... La Comisión no acepta la enmienda de mi querido amigo el Sr. Juarros. La Comisión admira el noble empeño que tiene el Sr. Juarros en aportar a toda clase de discusiones en la Cámara los conocimientos de su especialidad: este merece un aplauso; pero no podemos, repito, aceptar su enmienda, porque el caso que ella plantea está fuera de lugar en la forma y en el fondo. Decimos que está fuera de lugar en la forma, porque con arreglo a la topografía del proyecto, digámoslo así, esta enmienda ha debido presentarse al artículo 10, que establece el principio de que por la sentencia firme de divorcio los cónyuges divorciados quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio. De modo que si se aceptase esta enmienda, la Comisión se encontraría en su labor con una contradicción entre la redacción de un artículo y otro.

Pero, además, el Sr. Juarros, a juzgar por la forma en que ha redactado su enmienda, cree que todo divorciado va a ser poco menos que un anormal, y no se da cuenta de que con arreglo a las causas de divorcio, fundadas generalmente en culpa del otro cónyuge, el estado de divorciado se obtiene muchas veces en contra de la voluntad de aquel que es objeto de la sentencia. Todavía sería admisible el criterio del Sr. Juarros, si hubiera establecido distinción entre el concepto de cónyuge culpable y el de cónyuge inocente; pero vease que él dice que "el divorciado o divorciada tres veces no podrán contraer nuevo matrimonio sin un examen psicopático, y puede darse el caso de que un individuo se haya visto en la necesidad de pedir tres veces el divorcio por causas imputables al otro cónyuge. Y a una persona tan desgra-

ciada, que no ha sabido elegir en tres veces su mujer o su marido, ¿la vamos a condenar encima, según el criterio del Sr. Juarros, a una incapacidad absoluta para volver a contraer matrimonio?

Comprenderá el Sr. Juarros cómo esto no puede admitirse y encontrará justificada aquella especie de ironía con que la Cámara recibió la lectura de su enmienda":

En turno de rectificación, contesta el Sr. Juarros al Sr. Del Rio exponiendo la dificultad de saber, cuando se rompen los lazos del cariño, quién es el culpable y quien la víctima, de ahí que sostenga que si un sujeto, inocente o culpable, ha pasado por tres matrimonios sin encontrar en ninguno una fórmula estática, no debe prohibírsele un nuevo enlace, pero sí, obligarle a someterse a un examen psiquiátrico, retirando a continuación su enmienda por darse por satisfecho con que conste en el Diario de Sesiones las razones por él expuestas en su defensa:

"... Agradezco al compañero de mi ya exigua minoría esta nueva muestra de cordialidad (Risas). No tiene mérito aportar aquí conocimientos científicos. Si algún mérito tengo, es el de no haber aprendido a desertar. Permanecer en mi puesto, es sinónimo de no dejar pasar los errores sin salir en defensa del espíritu de la Psiquiatría.

En cuanto al sitio de la enmienda, para mí es lo de menos: esperaré al artículo 10, y allí la reiteraré, si entonces me la han de admitir. Pero lo primero necesario para discutir es no atribuir al otro señor cosas que no ha dicho y argumentar luego sobre esa suposición. Yo no dije que todo el que se casa y se divorcia es un anormal, aunque hay muchos anormales que se casan y se divorcian. No es este el problema, sino otro bien distinto, y por eso no hablé de cónyuges culpables ni de cónyuges inocentes. Es muy difícil saber, cuando

se rompen los lazos del cariño, quién es el culpable y quién la víctima. Muchas veces el pretendido culpable es el inocente. Discutir ahora esto sería meternos en una labor parecida a la de la Universidad de Sigüenza, tratando de determinar las ventajas de tener seis dedos en cada mano y dónde debería estar el sexto. No soy partidario de estas complicaciones, y lo que digo, sencillamente, es que a un sujeto, inocente o culpable, que ha pasado por tres matrimonios sin encontrar en ninguno una fórmula estática, no debe prohibírsele un nuevo enlace, pero sí obligarle, sin que en ello pueda haber nada ofensivo, a someterse a una fiscalización técnica. A ese desgraciado, hombre o mujer, protagonista de tango argentino, a quien, según el Sr. Del Río, todo enlace le sale mal, puede proponérsele para una recompensa como benemérito del matrimonio; pero lo que no es justo permitir es que mujeres u hombres, susceptibles de ser felices, caigan en los brazos de enfermos mentales, sin que aquellos cuenten con una discreta garantía científica. Los alienados larvados no deben estar pasando de enlace en enlace sin que intervenga el estado para enterarse de si esa reiteración de propósitos de matrimonio supone o no una enfermedad mental.

Sabe el Sr. Del Río que muchas veces se aísla a enfermo que, no estando contagiados, se sospecha que pueden estarlo. Cuando se adquiere el convencimiento de que no lo están, y no representan un peligro social, se les deja marchar. La fiscalización por mi propuesta no implica suspensión del matrimonio, no impide que se matrimonee, es sencillamente una fiscalización ante lo anómalo de que un hombre o una mujer quieran casarse por cuarta vez. No encierra peligro alguno, y en el caso cuarto y en el 10 debiera establecerse para dar testimonio de que esta Ley se atiende un poco a los aspectos psiquiátricos. Si estas tendencias modernas de la vigilancia de la integridad psiquiátrica de las gentes no se tiene en cuenta, si no son aceptadas cuando se proponen, va a notarse muy poco que esta ley de divorcio se redactó en el año 1932.

Por lo demás, si se estima que lo que por mí propuesto debe rechazarse, como en el Diario de Sesiones contarán los motivos que tengo para opinar así, y los que lo lean dentro de unos años podrán ver a quien asiste la razón, retiro la enmienda sin pedir votación. No me proponía molestar, sino tremolar la bandera de una causa científica y justa. Si se quiere seguir haciendo leyes con arreglo a criterios contiguos por mi parte, con lo que he expuesto a la Cámara me basta. Una vez mas habré cumplido con mi deber" (864).

Al discutirse el artículo 10 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de la ley de divorcio el Sr. Juarros reproduce esta enmienda, pero modificándola en este sentido: ,

"El divorciado o divorciada por tercera vez con arreglo a las causas 3ª, 4ª, 7ª u 8ª, no podrá contraer nuevas nupcias sin ser previamente autorizado después de un examen psiquiatrico"

En defensa de la misma, el Sr. Juarros insiste en la necesidad de establecer una fiscalización psiquiatrica cuando la frecuencia del divorcio suscite recelos acerca de la integridad mental:

"... Esta enmienda la había sostenido como todas las que sostengo, infructuosamente. En el afán de abreviar la discusión del proyecto de ley de divorcio, habíala retirado sin pedir votación. Voces amigas, no de mi partido, pero amigas, insistieron en que debía reiterarla en el artículo 10, donde, según tuvo la bondad de indicarme D. Cirilo Del Rio, estaba la hornacina adecuada para su inclusión. La he reproducido, introduciendo una pequeña modificación, para que resulte más viable, y es la siguiente: "cuando la esposa o el esposo se hallan divorciados tres veces por razones que puedan parecer objetivamente psiquiatricas, antes de contraer nuevas nupcias deberán someterse aun reconocimiento psiquiatrico".



Hay muchas formas de enfermedades mentales que pueden pasar desapercibidas a la gente imperita y aun a médicos no especializados, y como no va juzgada solo la felicidad del que se divorcia, sino la felicidad del que se ha casado y de los probables hijos, bien merece la pena establecer una fiscalización psiquiátrica cuando la frecuencia del divorcio suscite recelos acerca de la integridad mental. Aun cuando mi querido amigo D. Cirilo del Río haya sostenido que hay bastantes casos en que un marido es engañado por tres esposas sucesivas (Risas.- El Sr. Del Río: Yo no he dicho eso), creo que cabe pensar en una alteración psíquica cuando una persona se casó tres veces y se divorció otras tantas. No debe existir inconveniente alguno, ante un indicio tan claro y terminante, en que se ordene un reconocimiento, pues si por este procedimiento conseguimos, en cada mil divorcio, descubrir aunque no sea mas que tres o cuatro que no deban casarse nuevamente, por su estado mental, el esfuerzo está compensado.

No pretendo defender esta tesis mas; creo suficiente lo dicho. Ahora veremos como me dejan los amigos que antes se incitaron que antes me incitaron a reincidir en la presentación de esta enmienda, que tan mala suerte había tenido en una aventura anterior":

De nuevo, y con los argumentos que nos son ya conocidos se opone, en nombre de la Comisión, a la admisión de esta nueva enmienda el Sr. Del Río:

"... Para repetir, muy brevemente, las mismas razones que dije antes para no admitir esta enmienda.

Del hecho de manifestarle que, en cuanto a la forma de la ley, estaría más justificada la enmienda en este artículo 10 que al artículo 6º, al que la presentó antes, ha tomado el Sr. Juarros pie para reproducir su propuesta e insistir sobre ella. En realidad, la enmienda del Sr. Juarros queda

réfutada con decir que su autor parte del concepto, completamente erróneo, de que el hecho de estar divorciado tres veces sucesivas un cónyuge sin decir si es culpable o inocente, eso sólo, establece una presunción... (El Sr. Juarros: Una sospecha) de locura o de enfermedad mental que haya de requerir la intervención de un médico (El Sr. Juarros: Un reconocimiento) Ese criterio es el que no puede aceptar la comisión, porque puede darse el caso de que un cónyuge inocente, en tres juicios sucesivos de divorcio, haya tenido la desgracia, por culpa imputable al otro cónyuge, de verse obligado a ejercitar la acción y esté tres veces divorciado entra en la enmienda del Sr. Juarros (El Sr. Juarros: Y no le pasa nada) Ha de someterse al reconocimiento (El Sr. Juarros: Y ¿qué le pasa porque la examinen?). Eso sería tanto como reproducir aquí la petición del certificado prenupcial que S.S. defendió y rechazó la Cámara. Llevar eso a la Ley de Divorcio no lo podemos aceptar; pero la Comisión, ahora, como siempre, entrega el pleito a la resolución de la Cámara":

Tras decir de nuevo el Sr. Juarros en turno de rectificación que por el hecho de que una persona, hombre o mujer, se le haga un examen psiquiátrico, no le pasa nada, ni hay en ello vejación ni humillación de ninguna clase, y que si con ese examen se evita la desgracia de una mujer, de un marido o de unos hijos, bien merece que se disponga tan pequeño sacrificio, se pone a votación la enmienda, quedando rechazada en votación ordinaria por 90 votos contra 20 (865).

4º: Voto particular de los Sres. Martínez Moya y Jiménez de Asúa proponiendo se mantuviera el artículo 12 del proyecto de ley de divorcio con la siguiente redacción:

"No podrán contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera ni el que hubiere cometido delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno

de aquéllos a que se refiere la causa séptima, ambas del artículo 3º, y el cónyuge que hubiere sido declarado dos veces culpable en juicio de divorcio" (Diario de Sesiones, Apéndice 7º al NUM. 107):

Este voto particular viene a reproducir el texto del artículo 12 del proyecto de ley de divorcio, suprimido por la Comisión en su dictamen, con una pequeña diferencia, la edición de un inciso que dice: "ni el que hubiere cometido delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuges, de los hijos comunes o los de uno de aquellos a que se refiere la causa séptima", pues, como había de señalar el Sr. Martínez Moya en la defensa del mismo, reviste igual gravedad para prohibir nuevas nupcias el hecho de que el padre o madre atente contra la vida espiritual de los hijos que cuando atente contra la vida física, pero para ello, como puede verse, no se limita simplemente a la definición dudosa que establece el número séptimo del artículo 3º del dictamen, sino que se especifica en el voto particular que la prohibición de contraer nuevo matrimonio se limita al supuesto de que se haya cometido "delito", o sea, cuando esté ya juzgada la comisión de un hecho punible que atente a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de los cónyuges:

Este voto particular tiene, pues, en realidad, tres motivos prohibitivos del matrimonio, ya que conforme al mismo no pueden contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuges que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3º del dictamen, ni el que hubiere cometido delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos a la que se refiere la causa séptima del artículo 3º del dictamen, ni, finalmente, el cónyuge que hubiere sido declarado dos veces culpable en juicio de divorcio: En su discusión parlamentaria van a manifestarse dos tendencias diametralmente opuestas, la de los defensores de la tesis prohibitiva del matrimonio en ciertos casos (866) y la de los partidarios del texto del dictamen que defien-

den, en todo caso, el derecho de los cónyuges a contraer nuevo matrimonio desde que fue firme la sentencia de divorcio, aunque se limite este derecho respecto del cónyuge culpable hasta transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia.

Se inicia la discusión de este voto particular con la intervención del Sr. Martínez Moya para explicar las razones aducidas por los firmantes del mismo en el seno de la Comisión que no son otras, dice, que las que han servido de determinante a la confección de todo el proyecto de ley de divorcio, o sea basarse en la culpabilidad de uno de los cónyuges e impedir que la persona declarara culpable por los hechos contenidos en una familia, pueda repetirlos en caso de un nuevo matrimonio:

"... Sres. diputados, juntamente con el Sr. Jiménez de Asúa he suscrito este voto particular, que no tiene otra finalidad que la de reproducir, casi literalmente, el texto que redactó la Comisión jurídica asesora y que presentó al Parlamento el Sr. Ministro de Justicia. Hay una pequeña diferencia, y es que mientras el proyecto que redactó la Comisión jurídica asesora decía que no se podría contraer válidamente nuevo matrimonio en el caso en que se hubiese tratado de corromper a los hijos o prostituir a las hijas, nosotros hemos adicionado "y cuando se hubiese cometido delito contra la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de los cónyuges". Es decir, que estimamos que reviste igual gravedad para prohibir nuevo matrimonio el hecho de que el padre o la madre atenten contra la vida espiritual de los hijos, que cuando atenten contra la vida física. Pero para esto no nos limitamos simplemente a la definición que establece el número séptimo del artículo 3º, sino que decimos: "cuando se haya cometido delito"; es decir, cuando esté ya juzgada la comisión de un hecho punible que atente a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de los cónyuges.

Por consiguiente, en este voto particular del Sr.

Jimenez de Asúa y mío no haya nada más que el propósito de reproducir el texto que ha suprimido la Comisión en su dictamen y que contenía el proyecto que redactó la Comisión Jurídica asesora, añadiendo un inciso. Decía el texto de la Comisión jurídica asesora: "No podrán contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3º", y nosotros añadimos un inciso que dice, después de la causa tercera: "ni el que hubiere cometido delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos a que se refiere la causa séptima del artículo 3º; y sigue diciendo el texto del proyecto: "ni el cónyuge que hubiese sido declarado dos veces culpable en juicio de divorcio".

Las razones que nosotros tenemos para sostener este voto particular son las que han servido de determinante a la confección de todo el proyecto de ley de divorcio, o sea basarse en la culpabilidad de uno de los cónyuges e impedir que la persona declarara culpable por estos hechos, que pueden poner en grave trance la integridad de una familia, pueda repetirlos en caso de un nuevo matrimonio, y de aquí la prohibición de este segundo matrimonio. Estas son las razones que hemos aducido en el seno de la Comisión los firmantes de este voto particular, que rogamos a la Cámara acepte, incorporándole al texto del dictamen":

Antes de que la Comisión conteste al Sr. Martínez Moya, interviene en la discusión la Srta. Campoamor que entiende que si difícilmente puede recogerse por la Comisión la prohibición de contraer matrimonio al cónyuge declarado dos veces culpable de divorcio, así como la prohibición del matrimonio al cónyuge que hubiese cometido delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquellos, ya que el atentado contra la vida del otro cónyuge puede obedecer incluso a estados emocionales, a estados de pasión y muchas veces a una agresividad exaltada del que provoca la

agresión misma, sí debe recogerse, en cambio, por la Comisión la prohibición de contraer matrimonio al cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera porque se trata de una causa que no tiene justificación de tipo emocional, de tipo temperamental, sino que es delito repugnante, por lo que solicita a la Comisión se acepte esta parte del voto particular:

"... Sres. Diputados, he tenido interés en hacer uso de la palabra antes de que la Comisión conteste al voto particular que defiende el Sr. Martínez Moya, porque entiendo que en este voto particular hay una cosa que debería ser recogida por la Comisión, en tanto que hay dos que difícilmente van a serlo.

Desde luego, y después de rechazada la enmienda del Dr. Juarros, que proponía, no una prohibición, sino simplemente un examen psiquiátrico para el divorciado por tercera vez, me parece inadmisibile que la Cámara, volviendo sobre el espíritu ya manifestado, admita nada menos que la prohibición de contraer matrimonio al cónyuge declarado dos veces culpable de divorcio. Entiendo, asimismo, que no debe recogerse la prohibición al cónyuge declarado culpable por atentado para la vida del otro, porque evidentemente, esto no puede ser causa para prohibir un nuevo matrimonio. El atentado contra la vida del otro cónyuge puede obedecer incluso a estados emocionales, a estados de pasión y muchas veces - por qué no decirlo- a una agresividad exaltada del que provoca la agresión misma, y sería una cosa completamente injusta, cruel y dolorosa prohibir el enlace a un cónyuge que, acaso por perturbación muy ajena a su buen natural, se hubiera visto en el trance, muy doloso, de atentar contra la vida del otro.

Pero sí entiendo que hay en este voto particular una cosa que debiera ser recogida por la Comisión, y a ello le invito: que es la prohibición de contraer matrimonio al cónyuge que hubiera tratado de prostituir o llegado a prostituir

a la mujer o a las hijas, sencillamente porque se trata de una causa que no tiene justificación de tipo emocional, de tipo temperamental, sino que es un delito repugnante y, además Sres. Diputados, por todos es sabido que precisamente algo tan grave, tan delicado y tan combatido en todos los países, como es la trata de blancas, tiene como vehículo el continuo matrimonio, es decir, el "souteneur" que no vacila en contraer matrimonio con una mujer, cuando no halla otros medios para venderla o alquilarla. Por esa razón yo propondría a la Comisión que aceptase la primera parte del voto particular del Sr. Martínez Moya, aunque rechazara las otras dos partes":

Es el Sr. Gomáriz, de la Comisión, quien argumenta el porqué no se acepta por ésta ni el voto particular debatido ni la proposición de la Srta. Campoamor, en primer lugar, porque cree que no puede imponerse, como pena accesoría, la prohibición de que un individuo contraiga matrimonio aun cuando estuviera incurso en alguno de los motivos que se contemplan en aquél, pues de aceptarse esta tesis se sentaría la imposibilidad de tal individuo de regenerarse y encontrar en otro matrimonio la posibilidad de crear una nueva vida familiar, y, en segundo lugar, porque la legislación protectora de los menores funciona con una autonomía total con respecto a la legislación del divorcio:

"... La Comisión no acepta ninguna de las dos proposiciones, a pesar de la visible contrariedad del Sr. Sánchez Román, ni la del Sr. Martínez Moya, ni la de la Srta. Campoamor. No aspira la Comisión, y personalmente yo tampoco aspiro, a estar en posesión de la verdad; pero con declarar ante la Cámara cuáles son las razones que nos han servido para fundamentar nuestra posición, habremos cumplido con nuestro deber. Creemos, en primer término, que prohibir, como pena accesoría, que un individuo contraiga matrimonio por el hecho de haber intentado corromper a sus hijas o atentado contra la vida del otro cónyuge, es una cosa grave, sin precedentes que sean abonables. Creemos, por el contrario, que como la

legislación protectora de los menores funciona con una autonomía total y reglada con respecto a la legislación del divorcio, puede darse el caso de que haya un cónyuge que intente prostituir a sus hijas o atentar contra la vida del otro cónyuge a quien se le siga el oportuno procedimiento, y la legislación protectora del menor se interponga entre los cónyuges a los efectos de sustituir la patria potestad, se suspenderla o de prohibirla; pero esto nada tiene que ver con que ese cónyuge pueda válidamente contraer luego matrimonio, porque si prospera la tesis del voto particular, por lo que se refiere a cualquiera de los dos casos, vamos a sentar, Sres. Diputados, esta afirmación categórica: el que atente contra la vida del cónyuge o trate de prostituir a sus hijas es un ser que tiene la imposibilidad de regenerarse y encontrar en otro matrimonio la posibilidad de ser persona decente. Me parece que es un estigma demasiado grave; no creo yo que existan razones (me complacería escucharlas de labios de quien tuviese autoridad en esta materia) más que las de tipo emotivo y sentimental. Es muy posible que el que atente contra la vida del otro cónyuge o trate de prostituir a sus hijas se encuentre ante la posibilidad de intentarlo de nuevo; pero yo a esa razón opongo ésta otra; yo creo que el matrimonio, como estado perfecto de la Humanidad, no puede poner una valla, en este caso ante el delito cometido por un hombre que atente contra la vida de su mujer o trate de prostituir a sus hijas, a la posibilidad de que este hombre el día de mañana sea una persona total y absolutamente distinta de lo que fue antes. Para mí los delincuentes todos, los que atentan a la vida del cónyuge y los que traten de prostituir a las hijas, lo serán en el momento de cometer el delito; pero cuando la pena los haya corregido, son personas susceptibles de crear una vida familiar honorable, distinta de aquélla que dió lugar a un mal pensamiento y que motivó la sanción:

Será el Sr. Sánchez Román quien aducirá las razones más poderosas en pro de la tesis prohibitiva del matrimonio: Para el Sr. Sánchez Román, si la Comisión se ha decidido a que



la Ley elimine las prohibiciones contenidas en el proyecto del Ministro para contraer en ciertos casos nuevo matrimonio es única y exclusivamente considerando que era violentísimo que la Ley impidiese un acto de libertad personal como el de contraer matrimonio, pero estas consideraciones, según el Sr. Sánchez Román, indican una meditación insuficiente acerca de la naturaleza de la norma que se proponía en el proyecto ministerial, pues éste se limitaba a establecer una norma prohibitiva, como las contenidas ya en el propio Código civil cuando prohíbe el matrimonio del tutor con el pupilo para salvaguarda y garantía de una buena liquidación de cuentas o el de la mujer viuda hasta que pasen los trescientos y un días para evitar posibles conflictos de paternidad o el del menor de edad si no obtiene el consentimiento de los padres, pero sí a pesar de esa prohibición, se contrajera por el cónyuge culpable nuevo matrimonio, su matrimonio será válido, pues cuando la Ley prohíbe el matrimonio lo que hace es ponerle ciertas dificultades, aplicando ciertas dificultades, aplicando ciertas sanciones para el caso de contravención, de ahí que no puede decirse que la norma que prohíbe el matrimonio sea una pena accesoria que hay que declarar en la sentencia de divorcio. Discrepa, en cambio, el Sr. Sánchez Román en una de las posiciones del voto particular, pues si cree que es de toda claridad el mantener la prohibición cuando el cónyuge culpable de divorcio en un matrimonio lo haya sido por actos de tan bajo nivel moral, de tan extraordinaria depravación, como aquéllos que están comprendidos en la causa tercera, así como respecto del cónyuge que hubiese sido declarado dos veces culpable en proceso, no cree, sin embargo, que la condena recaída sobre un cónyuge por haber atentado contra la vida del otro, siendo causa de divorcio, deba ser también motivo prohibitivo para que este cónyuge culpable contraiga otro nuevo matrimonio:

"... Había solicitado la palabra antes de que expresara el digno vocal de la-Comisión su repulsa terminante al voto particular del Sr. Martínez Moya. Importa que, si se rechaza ese voto particular, si se destruye el texto primitivo del proyecto, se haga después de haber ponderado las razones que condujeron a los autores del proyecto y al Ministro que

lo presentó a las Cortes, a sostener la tesis prohibitiva del matrimonio en ciertos casos. Desde luego, para que yo exprese mi punto de vista, voy a separarme de una de las posiciones del voto particular. Yo no creo que la condena recaída sobre un cónyuge por haber atentado contra la vida del otro, siendo causa de divorcio, deba ser también motivo prohibitivo para que ese cónyuge culpable contraiga otro nuevo matrimonio; de modo que mi punto de vista se aparta radicalmente en este extremo de uno de los casos del voto particular. Pero, en cambio, creo que es de toda claridad el mantener la prohibición en los otros dos puntos. El primero de ellos es cuando el cónyuge culpable de divorcio en un matrimonio, lo haya sido por actos de tan bajo nivel moral, de tan extraordinaria depravación, como aquéllos que están comprendidos en la causa tercera del artículo 3º. Realmente, el hombre que prostituye a sus hijas o corrompe a sus hijos, o provoca la prostitución de su mujer, está, Sr. Gomáriz, no por razones sentimentales, sino por razones objetivas de alta política social, en las condiciones menos propicias a constituir nueva familia. No hay aquí nada de sentimental; lo sentimental es el punto de vista de la Comisión. Esta cree que si un padre prostituye a las hijas y con este motivo se le sanciona por ese delito, la pena lo va a corregir. Eso sí que es sentimental, y además de sentimental, ingenuo, porque la función correctiva de la pena es algo que constituye una bella aspiración que camina en las regiones del ideal, pero no ha tenido todavía una demostración de experiencia. La realidad no permite afirmar que esas virtudes correccionales de la pena sean un logro cierto y seguro en ninguna de las prácticas de la sanción penal; con más que la causa aludida de divorcio puede en muchos casos no haber llegado a delito y, por tanto, no haber dado lugar a la imposición de pena alguna.

No se trata, pues, de nada sentimental; se trata de colocar al cónyuge que da causa de divorcio por su propia conducta de aberración, que ha caído por tan bajo del nivel moral de tipo medio, de colocarlo, repito, bajo una indicación

contraria al matrimonio posterior, a la constitución de nuevos estados de familia. Ya veremos después con qué tino, en qué grado lo hacía el proyecto ministerial.

Es igualmente muy digno de meditar si se puede dar una patente en blanco al cónyuge que se divorcio una vez por causa imputable a su culpa, que después contrae nuevo matrimonio y vuelve a dar causa imputable a la culpa para el segundo divorcio, y todavía no ponerle limitación de ningún género para que vuelva a contraer nuevos matrimonios y siga dando nuevos motivos culpables a divorcios sucesivos. Esa reiteración también debe hacer pensar al legislador que pueda convertirse la ley de Divorcio en algo que estimule este deporte de sucesivos enlaces matrimoniales, en la seguridad de que la propia culpa va a provocar en el otro cónyuge inocente la reacción de pedir el divorcio y entonces el culpable quedar en libertad de seguir contrayendo nuevos matrimonios. Son, pues, dos posiciones a las que la ley tiene que atender con un gran equilibrio, con una gran ponderación. Y esto es lo que hacía el proyecto del Ministro, el dictamen primitivo de la Comisión asesora.

Cuando yo he oído al Sr. Gomariz he tenido la sensación clara de aquello a que obedecía esta postura de la Comisión contraria al voto particular en los dos extremos que yo admito y que son los mismos que se contenían en el proyecto ministerial. Me ha parecido, en efecto, que la Comisión en este punto quizá no ha rendido una meditación suficiente acerca de la naturaleza de la norma que se le proponía. Se decía por la Comisión: nosotros no podemos impedir, sin un atentado fuerte a la libertad personal, el que se pueda contraer un tercer matrimonio, un cuarto matrimonio; nos parece que estas limitaciones serían tanto como eliminar una parte de la personalidad humana. Si éste es el punto de vista de la Comisión, yo digo a sus vocales: el proyecto no llegaba a tanto; el proyecto del Ministro se limitaba a establecer una norma prohibitiva, ni siquiera una norma de incapacidad y sabido

es lo que ocurre con estas normas prohibitivas en materia de matrimonios. El Código civil contiene -aquí hay muchos juristas- algunas normas de prohibición para celebrar el matrimonio y, sin embargo, el propio interesado, cogido bajo esa norma prohibitiva, tiene, por encima de la prohibición de la ley, una posibilidad indiscutible de celebrar un matrimonio y que este matrimonio tenga una existencia ante la ley. Porque la ley, cuando prohíbe un acto del estado civil, no lo puede prohibir de una manera categórica, absoluta. Lo que hace es señalar una indicación metódica, diciendo: "Yo indico que a esta persona, cogida en tales condiciones, la ley no debe favorecer su matrimonio, sino que, por el contrario, debe establecer pronunciamientos contrarios a su celebración". Ahora, si a pesar de esa prohibición, quien ha incurrido en doble o en triple causa de divorcio culpable, quien ha dado lugar al divorcio por la causa tercera, celebra nuevo matrimonio, lo menos será rodeado de aquellas condiciones menos regulares en que están los matrimonios que se celebran a pesar de la prohibición de la ley. Son matrimonios jurídicamente existentes, pero matrimonios a los que la ley con una cierta reserva, modificando en parte sus efectos jurídicos, aplicándoles ciertas sanciones de egoísmo económicas, patrimoniales, nunca de tipo personal y punitivo como aquellas a que aludía el Sr. Gomariz.

Por lo tanto, no debe confundirse este precepto técnico diciendo equivocadamente: "Esta norma que prohíbe el matrimonio es tanto como una pena accesoria que hay que declarar en la sentencia de divorcio". No hay que hacer tal cosa. Divorciados dos veces por causa culpable, o una por las causas verdaderamente deshonorables y graves del número tercero, la ley dice a estas gentes que, por su propia conducta, llegaban implícitamente una presunción notoria de torcimiento moral para el matrimonio. La ley se lo prohíbe, pero yo no establezco la prohibición con mayor eficacia que aquella que la ley puede establecer, esto es, dejando sanciones para la contravención, pero no imperativos de nulidad sobre el nuevo matrimonio

celebrado.

Por consiguiente, si la Comisión se ha decidido a que la ley elimine esas prohibiciones, considerando única y exclusivamente que era violentísimo que la ley impidiese un acto de libertad personal, como el de contraer matrimonio, yo le digo a la Comisión que no vaya tan lejos ni tan deprisa, que no se escandalice demasiado, porque cuando la ley prohíbe el matrimonio, al fin y al cabo no puede impedirlo de una manera radical. Lo que hace es ponerle ciertas dificultades que revelen en este caso la justa previsión de la ley, que no quiere dar una patente de corso a estos titulares posibles de un deportivo divorcio que sea incontinencia de su propia inmoralidad contra la cual la ley tiene que adoptar una posición de alarma harto justificada.

Yo a veces -y con esta indicación voy a terminarme he permitido decir ante la Cámara algo que constituye para mí, en cierto modo, una idea fija en materia de divorcio. Cuando pienso sobre el divorcio me preocupo, en efecto de las situaciones personales, y creo que el divorcio puede ser alguna vez solución para ciertas situaciones personales. ¡Ah!, pero como legislador yo tengo que tener presente otro interés objetivo mucho más fuerte, convencido como estoy además, de que el divorcio no es siempre la solución de felicidad personal que se busca. Y entonces, como legislador, yo de los que me preocupo es de que la ley no sea un instrumento de inmoralidad social, sino que sea el sistema, el medio delicado que se ofrece para que se salven dramáticas situaciones personales; pero nunca para que la ley de Divorcio se convierta en instrumento egoísta y depravado de ciertas conductas verdaderamente intolerables, a las que la ley no puede considerar en el mismo plano en que se considera a los hombres hontados.

Por eso, termino diciendo a la Comisión: ¿qué es lo que os separa del punto de vista de este voto particular

y del proyecto del Ministro? Pues o separa, verdaderamente, una cosa inconcebible: que vosotros queréis que el hombre que ha dado causa de divorcio por el número tercero, cometiendo actos verdaderamente reprobables que no tienen ninguna atenuante en la conciencia humana, así como el hombre que constantemente está produciendo divorcio por causas imputables a su culpa, quede equiparado al que no está en tales condiciones reprobables. Pedimos, al contrario, que, a esos hombres excepcionales, a esas conductas francamente inmorales, se les dé un trato diferente de aquel otro que merecen las personas totalmente honradas que, sin embargo, han tenido la desgracia de constituir una situación matrimonial incompatible con la felicidad. Y a esta diferencia de trato que pedimos nos contestáis categóricos: "No; para nosotros no hay diferencia alguna". Es decir, colocáis a la ley en posición francamente inmoral, porque empieza por no distinguir algo que está en la mejor vocación humana y, por lo tanto, en la finalidad de justicia de las leyes. Hay que distinguir a los buenos de los malos, y si os molesta este concepto puramente ético, os diré que desde un punto de vista social hay que distinguir aquellos seres que en la comunidad de los hombres son gentes guiadas por una norma común y corriente, de aquellos otros que se convierten en exponentes explotadores de aquellas instituciones honradas que la sociedad crea para la conducta normal de la mayoría, pero nunca para ponerlas al servicio del egoísmo y de la pasión desenfrenados.

Esta diferencia que separa a la Comisión de lo que propone en este punto el voto particular" (Muy bien, muy bien)":

Como puede verse, ambas tendencias, completamente opuestas, quedaban ya perfiladas: Para el Sr. Gomariz no puede mantenerse la presunción de inmoralidad y de incapacidad social para contraer matrimonio de aquel que haya incurrido en determinados casos de divorcio, pues siempre cabe la posibilidad de que encuentre o pueda encontrar en otro matrimonio la felicidad

y la moralidad que no hallara en el primero:

"... Realmente, Sres. Diputados, se está dando un fenómeno en la discusión de esta ley del Divorcio, cuya extrañeza apuntaba ayer en el seno de la Comisión de Justicia, y es que esos motivos sutilísimos, finos, que tuvo en su día la Comisión jurídica asesora para redactar estas leyes y que no pudieron plasmarse, por su heterogeneidad, en una exposición de motivos de la ley, llegan luego al salón de sesiones en momentos realmente extraordinarios, que imposibiliten a la Comisión y a quienes no perteneciendo a ella mantienen un criterio particular en la materia, el formar un concepto claro con que controvertir con quien, además de sus méritos personalísimos y conocimiento de estos asuntos, posee también conocimientos apriorísticos y una idea basamentada en algo parecido a la ley y que la Comisión no conoce. Pero como yo debo mantener aquellas cosas de que estoy honradamente convencido (y el Sr. Sánchez Román sabe muy bien que cuando no lo he estado me he apresurado a darle la razón), sigo creyendo que entre el criterio de S.S. defendible, y el mío hay una gran diferencia, sin que pueda negar S.S. que esa diferencia tiene un punto de apoyo para las dos tendencias.

Decía yo a S.S. que era, en efecto, una pena accesoria, y aunque no se promulgase ritualmente en una sentencia, la de que la ley del Divorcio no permitiese el nuevo matrimonio a quien estuviese incurso en una de esas dos causas. Y, efectivamente, es verdad. Con todas las disquisiciones jurídicas finas y atinadas, que reconozco, hechas por S.S. a propósito de la validez del matrimonio, es lo cierto que la ley que regulase el divorcio en plano desigual, en punto a la permisión de contraer nuevo matrimonio, al que está incurso en este doble divorcio culpable o en esta prostitución o atentado contra la vida del cónyuge, que a aquel individuo en que no concurre esta causa. Y aquí viene nuestro primer punto de discrepancia.

Yo creo que se puede dar el caso de que un ciudadano o una mujer condenada por haber prostituido a sus hijas o atentado contra la vida del cónyuge, encuentre o pueda encontrar en otro matrimonio la felicidad y la moralidad que no hallara en el primero; porque, Sr. Sánchez Román, ni por la corrección de la pena, ni por factores psicológicos, sino porque la vida matrimonial es tan complicada y saturada de humanidad que nosotros no podemos, a mi juicio, invadir su territorio para dar patente de inmoralidad absoluta y para que no pueda contraer matrimonio aquel que estuvo incurso en esas dos causas que S.S. apuntaba. Decía el Sr. Sánchez Román (se lo he oído también particularmente) que la ley del divorcio debe atender a sortear una situación difícil matrimonial, pero no con tanta intensidad como para dejar libre el camino al que incurra en estas causas de divorcio. Esto que decía S.S. es una cosa en la que estamos en absoluta discrepancia.

Yo creo que la ley debe posibilitar, primero, la solución del conflicto grave de un matrimonio que debe disolverse, y segundo, dar en todos los casos las máximas posibilidades de que ese hombre encuentre en otro matrimonio la dicha, que por causa imputable a él, por desdicha suya, no puede encontrar en el primero.

Y yo digo a S.S. que como el segundo y el tercer matrimonio han de estar sujetos a las mismas leyes que el primero, como la mujer que vaya a contraer matrimonio con quien estuvo condenado debe conocer e investigar la personalidad de aquel con quien va a contraerlo, porque no quiero creer que sea tan insensata que se case con un advenedizo, sino que antes habrá estudiado su psicología; como la mujer que al contraer matrimonio debe conocer la persona del otro cónyuge; como además subsisten las mismas leyes que amparan a los hijos contra esta corrupción, total y absolutamente distintas de la que regula el divorcio, porque la corrupción de un hijo es objeto, no sólo de protección por parte de la ley, sino



sino de una ley especial de protección a los menores, por todo esto me parece, al menos, aventurado e inhumano sentar el criterio apriorístico de que todo hombre condenado por prostituir a sus hijos, condenado dos veces culpable por causa de divorcio, es "per se" un sujeto inmoral de la sociedad, a quien debe estarle imposibilitado por la ley contraer matrimonio. Estas son dos posturas, Sr. Sánchez Román, y yo quiero hacer la súplica a mi ilustre contradictor de que crea que yo entiendo sinceramente que el único modo de atender en su integridad a esta libertad reglada en el divorcio es no establecer distingos donde esta ley no debe establecerlos y juzgar por un marco común a todos los contrayentes, a los que hayan cometido o no esta clase de atentados contra su cónyuge y de prostitución con sus hijos, porque quién sabe si en su ulterior matrimonio se encontrará esa normalidad que no se pudo hallar en el primero":

Para el Sr. Sánchez Román es inconcebible que tengamos una legislación común en la cual se establece la prohibición de determinados matrimonios y, en cambio, no se prohibía el matrimonio al que ha cometido actos tan absolutamente de aberración como los que supone la causa tercera o al que se trata de casar por tercera o cuarta vez cuando tiene sobre sí la doble o triple condena de divorcio por causa siempre imputable a su culpa:

"... Voy a emplear un brevísimo argumento, al cual ruego a la Cámara preste su superior meditación para resolver con el mayor acierto.

Tenemos una legislación común que en esto no es nada excepcional, porque es un tipo que se puede comparar con muchas legislaciones, en la cual hay ciertos matrimonios prohibidos, y yo voy a decir a la Cámara cuáles son, para que después compare la densidad moral y específica que tienen estos casos de prohibición de la ley y la prohibición que

se debe crear en esta ley de divorcio. ¿Concebís, por ejemplo, que se prohíba el matrimonio del tutor con el pupilo para salvaguarda y garantía de una buena liquidación de cuentas y, en cambio, no se prohíba el matrimonio al que ha cometido actos tan absolutamente de aberración como los que supone la causa tercera motivo de divorcio? Aquí realmente estamos siempre en un equívoco. Yo veo a la Comisión con la tendencia de hacer una ley de Divorcio muy radical, y no se fija (creo que no se fija; no es más que una interpretación que someto, ¡Como no!, al superior criterio de mis compañeros); no se fija en que cuanta más amplitud, más facilidad se da a una ley de divorcio, la ley es más regresiva, porque es más fomentadora del matrimonio, y creo que hoy el horizonte social marca la vanguardia en una combativa hacia el matrimonio, pero nunca en facilitar notoriamente su celebración.

Pues bien; se va a dar el caso de que por esta preocupación constante que tiene la Comisión de radicalizar la ley de Divorcio vamos a estar con toda inconsecuencia dentro del sistema de la legislación española. El tutor, prohibido el matrimonio con su pupilo; la mujer viuda, prohibido el matrimonio hasta que pasen los trescientos y un días; el menos de edad, prohibido el matrimonio si no obtiene el consentimiento de los padres. He ahí tres casos de matrimonio prohibido, mientras que por razones de la ley de Divorcio, que la legislación común no pudo tener en cuenta por no hallarse establecido hasta ahora con carácter vincular, no nos va a servir ese ejemplo de orientación limitativa o de prohibición, ni siquiera cuando el que ha dado causa al divorcio ha cometido actos como los comprendidos en la causa tercera, ni cuando el que se trata de casar por tercera o cuarta vez tiene sobre sí la doble o triple condena de divorcio por causa siempre culpable.

A mí me parece que vamos a dejar compuesto un sistema de Derecho familiar que realmente será difícil explicarlo, porque la ley toma unas precauciones extraordinarias para no favorecer determinados matrimonios y, en cambio, para

otros que serán mucho más peligrosos, más nocivos socialmente, la ley no toma previsión ninguna, cuando la mínima previsión que había de tomar y se os propone es tan lisa y llana como la que ha adoptado en esos casos que me he permitido recordar a la ilustración de la Cámara":

El Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión de Justicia, quien conteste a los argumentos del Sr. Sánchez Román que, si bien recordaba que en el Código civil se establece la prohibición de determinados matrimonios, ya cuidaba él en el proyecto de la Comisión Jurídica asesora de consignar las palabras: "no podrán contraer válidamente nuevo matrimonio"; no era éste un adverbio gratuito, era, según el Sr. Salazar Alonso, la previsión de una realidad contra la que no se podía ir, y, entonces, se trataba de establecer un término de validez, aun sabiendo que aunque ese matrimonio se realizara no por eso se iba a disolver. Cree, en definitiva, el Sr. Salazar Alonso que no debe limitarse la libertad de los cónyuges introduciendo causas que impidan un nuevo matrimonio porque el proyecto, salvaguardando siempre los intereses de los hijos, atiende a las relaciones entre los cónyuges:

"... Me interesa decir unas cuantas palabras como contestación a las pronunciadas por el Sr. Sánchez Román. El Sr. Sánchez Román construye admirablemente, con una maestría por todos reconocida y aplaudida, sus tesis, aunque muchas veces no sirva para defender lo que es arranque de su propia posición. Yo confieso que oyendo esa discusión hubo un instante que me acercaba a su criterio. Las últimas palabras del Sr. Sánchez Román han sido el argumento más definitivo para que no prospere. En efecto, nos recordaba el Sr. Sánchez Román que el Código civil se establece la prohibición de determinados matrimonios; pero ahí está precisamente el argumento para que no aceptemos esta innovación en la ley del divorcio, porque ya cuidaba él en el proyecto de la Comisión jurídica asesora de decir "válidamente". No era un adverbio gratuito, era la previsión de una realidad contra la que

nosotros no posíamos ir, y entonces, mas atento a lo que es una ley de matrimonio y a lo que es una ley de divorcio, nos quería establecer un término de validez, aun sabiendo que aunque ese matrimonio se realizara no por eso se iba a disolver (El Sr. Sánchez Román: Quitemos "válidamente").

Es evidente que de esta manera venía el proyecto, porque se sabía que, pese a esa prohibición ya objetiva, de esta manera podría realizarse ese matrimonio y no se señalaba sino un impedimento; pero es que esas causas Sr. Sánchez Román, tienen un alcance muy distinto que el alcance de las causas comprendidas en este voto particular que acaba S.S. de defender, porque aquí se establece ese principio, y lo decía muy bien el Sr. Gomariz, de una culpabilidad que se presumía, porque había obtenido ya esas sentencias de divorcio; es decir, se cree que de esta manera se va a impedir el deporte del matrimonio. Este parece que es su principal argumento.

En cuanto al segundo aspecto, a esas causas de divorcio que había motivado el divorcio, observese que nosotros pensamos en la relación de esos cónyuges; pero creemos que está perfectamente cuidado el interés social respecto a esos hijos, porque cuando la causa ha producido esa separación y ha sido porque se corrompe a los hijos o se atenta contra ellos, estamos completamente seguros y tranquilos de que la propia legislación viene a proteger a esos hijos que caen fuera de la esfera de la patria potestad de aquellos padres. Estas causas son las que señala, mirándolas desde el punto de vista del Código civil; pero el Código civil no se inspira, al establecer estas causas de prohibición, en el mismo sentido de responsabilidad que imprime este voto particular, sino en una medida de precaución para evitar que estos matrimonios puedan volver y hacer desaparecer ese interés público que la ley va señalando. Por eso nosotros, cuando nos encontramos como causas de divorcio con la posible corrupción, creemos

exentos a los hijos de esos peligros, porque ya están previamente garantizados con la pérdida de la patria potestad.

Esta es la verdadera diferencia. Por ello nosotros creemos, como ha dicho muy bien el Sr. Gomáriz, que no hacía falta introducir estas causas que impidan el nuevo matrimonio, y que no deben limitarse para nada esa libertad de los cónyuges, porque la legislación actual de este proyecto atiende solo a sus relaciones, salvaguardando siempre la relaciones de los hijos":

En turno de rectificación, el Sr. Martínez Moya hace constar que el voto particular por él suscrito está inspirado en una conducta culposa o culpable del cónyuge que da motivo a que se le aplique la sentencia de divorcio y que, por tanto, nada tiene que ver lo relativo a las garantías que pueden merecer los hijos con el problema de la prohibición matrimonial, rogando a la presidencia que se voten por separado las distintas prohibiciones contenidas en el mismo:

"... Para hacer constar que este voto particular nuestro no está basado en este caso concreto ni mira los intereses de los hijos, sino que está inspirado en una conducta culposa o culpable del cónyuge que da motivo a que se le aplique esta sentencia de divorcio. Por consiguiente, lo relativo a las garantías que pueden merecer los hijos no tiene nada que ver en este problema de la prohibición matrimonial. Son dos cosas completamente distintas y separadas.

Y como sería redundar en argumentos magníficamente expuestos por el Sr. Sánchez Román, no insisto sobre este punto; pero, antes de terminar, voy a permitirme un ruego a la presidencia. Este voto, aunque redactado en un sólo párrafo, tiene, en realidad, tres motivos prohibitivos, y yo rogaría a la presidencia que, siguiendo la misma norma adaptada ya por la Cámara para votar el artículo 3º, en el

que, con números separados, había diferentes causas de divorcio, se vote en tres partes distintas y que la Cámara preste su aprobación o desaprobación a cada uno de estos aspectos que comprende el voto particular, y que son: la prohibición del matrimonio en caso de corrupción de los hijos, en caso de delito contra la persona del cónyuge o de los hijos, o en caso de doble culpa, por haber sido declarado culpable dos veces el cónyuge en juicio de divorcio:

El Sr. Vicepresidente (Barnés): ¿No sería más fácil, para la aprobación del voto particular, que retirase el Sr. Martínez Moya aquella parte que no ha tenido coincidencia en la Cámara?:

El Sr. Martínez Moya: No puedo hacer un razonamiento de esta naturaleza, porque sería perder mucho tiempo en la discusión. Sostengo el voto particular:

El Sr. Gomariz: Por lo que se refiere al objetivo, no se cual será vuestro criterio; pero yo pienso que lo único admirable es que el Sr. Martínez Moya someta a votación todo el voto particular y, si resulta desechado, lo vuelva a someter sin el último aditamento; porque eso de plantear alternativamente tres votos particulares, con tres causas distintas, por si una no se admite que se admita la segunda, me parece que no es reglamentario (Un Sr. Diputado: Para mayor detalle) Me parece extraña sobremanera que el Sr. Castrillo, tan celoso interpretador del reglamento, diga esto (la Srta. Campoamor pronuncia palabras que no se perciben) Ruego a la Srta. Campoamor que no me interrumpa, y porque así no nos entendemos. Si quiere hablar, pida la palabra (La Srta. Campoamor: ya la pediré. Pido la palabra) Yo digo al Sr. Martínez Moya, y espero que se convencerá de que este es el criterio que debe mantenerse, lo siguiente: Aquí se han dibujado dos tendencias, dos posiciones diametralmente opuestas: una, la de la presunción de inmoralidad y de incapacidad social para contraer matrimonio de aquel que ha incurrido en determinadas

causas que especifica la ley de divorcio, y la otra, de los que creen que eso es posible, pero que puede no serlo y que la ley de divorcio no puede prejuzgar que estas causas hayan de repetirse, si se dan.

En cuanto a los del último párrafo, pienso que, si acaso insiste el Sr. Martínez Moya, puede desdoblarse en dos su voto particular: Uno en esta forma habría una claridad de votación:

El Sr. Martínez Moya: El que se someta a votación un voto particular y que, después desechado, se admita otro, no es reglamentario. (Un Sr. Diputado: ¿Cómo que no?) porque después de empezarse la discusión de un artículo la mesa no admite ningún voto particular ni ninguna enmienda. Y si el voto, en realidad, aunque redactado con incisos diferentes, tiene tres partes distintas, no creo que sea ninguna ofensa a la soberanía de la Cámara el que esta acepte o repugne separadamente alguna de las partes o las tres de que se compone el voto particular; porque puede haber diputados que estén conformes con la parte relativa a la corrupción de los hijos que no lo estén en cambio, con lo relativo al delito contra los hijos.

Sencillamente, esto pido, como ya se ha concedido así con el artículo 3º, que, por venir con números distintos, se ha votado separadamente cada uno de ellos (Un Sr. diputado: este no tiene números) Precisamente porque no tiene números encerrarse en un casuismo extraordinario, porque, los tenga o no, nadie puede negar que son tres causas distintas encerradas dentro de un mismo artículo y tres conceptos diferentes. Además, hay precedentes, pues al discutir la Constitución se votaron algunos artículos por parte separada:

El Sr. Villanueva: La cuestión está resuelta, Sres. Diputados. El voto particular de mi compañero Sr. Martínez Moya comprende las tres partes, y existe otro voto particular,

el mío, que solo comprende la parte referente a la prostitución, a la causa 3ª del artículo 3º. ¿Se deshecha el voto particular del Sr. Martínez Moya? Se pone a discusión el mismo (Varios Sres. Diputados: No, no.- Otros Sres. Diputados: ¿Y si se aprueba?.- El Sr. Martínez Moya: ¿Y el extremo del declarado dos veces culpable?) Si se deshecha el voto particular del Sr. Martínez Moya, queda el otro voto particular mío, que se refiere únicamente a la causa tercera del artículo 3º:

El Sr. Sanchez Román: VOy a proponer a la Comisión un punto de enlace. Los argumentos empleados por el Presidente de la Comisión, Sr. Salazar Alonso, como suyos, son muy atinados; pero hay uno de ellos, que destaca un especial valor, que no tengo inconveniente alguno en recoger, y es la censura hecha, tanto al texto del voto como al del primitivo proyecto por consignar las palabras: "No podrán contraer validamente" nuevo matrimonio". Yo estoy dispuesto, desde luego, a que se suprima de esta frase una palabra (El Sr. Martínez Moya: y yo), a que se diga, simplemente: "no podrán contraer matrimonio", y ya se apreciará, dentro de la técnica civil, si el matrimonio contraído contra esas prohibiciones tiene unos efectos o tiene otros de validez; pero siempre quedará en pié la indicación de la ley en el sentido de no facilitar el matrimonio que responda a esta causa.

Y ya me he dirigido a la Comisión buscando ese punto de armonía a que antes he aludido, voy a dirigirme también al Sr. Martínez Moya para rogarle una dimisión parcial de su voto, eliminando aquella causa que se refiere a la condena por atentado de un cónyuge a la vida del otro, porque, realmente; este tipo de delito puede ser completamente ajeno a la clase de precauciones y garantías que la ley de divorcio pretende tomar en esto que venimos sosteniendo. Quizás así llegaríamos a una fórmula generalmente aceptada y se facilitaría esta discusión, que está ahora tan compleja (El Sr. Goma-



riz: ¿Tiene mas importancia querer matar a un hijo que intentar prostituirle?):

La Srta. Campoamor: Es para oponerme a que el Sr. Martínez Moya acepte la sugestión del Sr. Sánchez Román, porque en la Cámara se han manifestado diversos criterios respecto de los tres puntos que contiene el voto particular del Sr. Martínez Moya, y el eliminar uno sólo de los extremos nos pondría a algunos en situación de votar contra la totalidad de los dos que quedaran por no estar conformes y en situación, por tanto, de votar contra lo que hubiéramos defendido. Lo que voy a rogar a la Comisión -aunque creo que será inútil, puesto que ya ha manifestado cuál es su criterio- es que no se opongan a esta división del voto particular, porque, en realidad, es una oposición -perdóneseme la palabra- bizantina. Estamos perdiendo más tiempo en esto que en rechazar el voto y poner luego a discusión otro. Y si la Comisión no aceptara esto, que el Sr. Presidente vea la manera de que la Cámara se pronuncie acerca de la división. En suma, lo que deseo es que se voten por separado las tres causas que contiene el voto particular del Sr. Martínez Moya:

El Sr. vicepresidente (Barnés): ¿La Comisión acepta que se vote la separación?:

El Sr. Salazar Alonso: La Comisión aceptaría cualquier forma de votación; pero advierto, como lo hizo ya el Sr. Villanueva, que hay otros votos particulares, algunos que, de manera taxativa, reproducen el anteproyecto; de modo que no habría que hacer esa división":

Aceptada por la Comisión cualquier forma de votación, la Cámara se pronuncia en votación ordinaria sobre la primera parte del voto particular, que dice: "No podrá contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiere sido declarado culpable por la causa tercera...", que quedó aprobada en votación ordinaria por 95 votos contra 24; leída la segunda parte del

voto particular, que dice: "... ni el que hubiere cometido delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos a, que se refiere la causa séptima, ambas del artículo tercero...", fue rechazada en votación ordinaria por 115 votos contra 25; leída igualmente la tercera parte, que dice: "... y el cónyuge que hubiera sido declarado dos veces culpable en juicio de divorcio", fue también desestimada en votación ordinaria por 79 votos contra 62 (867):

De esta discusión parece deducirse, sin lugar a duda, que la prohibición contenida en el artículo 12 de la Ley especial de divorcio, al decir: "No podrán contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3º", y en contra de la doctrina expuesta magistralmente por el Sr. Sánchez Román, afecta a la validez del matrimonio contraído nuevamente por el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la citada causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio.

b) Sujeción de la mujer a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil:

El inciso segundo del artículo 11 de la Ley de Divorcio señala, respecto de la mujer, que quedará sujeta a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil (868), debiendo empezar a contarse el plazo de trescientos un días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges, precisándose, en el inciso tercero de dicho artículo, que esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas quinta, sexta, undécima y duodécima, o por mutuo disenso (869).

Conocemos ya, por la intervención del Sr. Sánchez Román en la discusión del voto particular de los Sres. Martínez Moya y Jiménez Asúa, la naturaleza de estas normas de la legislación común en las que se establece la prohibición de determinados matrimonios: la infracción de estos impedimentos impeditos

o simplemente prohibitivos no suponían la invalidez del nuevo matrimonio, sino que simplemente había lugar a determinadas sanciones civiles y, concretamente, si la mujer, a pesar de estar sujeta a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil, contrajese nuevo matrimonio antes de los trescientos un días contados desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges, su matrimonio será válido, pero se entenderá contraído con absoluta separación de bienes entre los cónyuges (870): Esta prohibición, pues, tiene por fundamento el deseo de evitar posibles conflictos de paternidad por el juego de las presunciones legales, conflictos a que no había lugar en los supuestos en que el divorcio de los cónyuges se hubiera decretado por alguna de las causas, sexta, undécima o duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, o por mutuo disenso de los cónyuges, por llevar en estos casos los cónyuges al menos un año separados, y de ahí que en los mismos no rija esta prohibición.

c) Artículo 13 de la Ley especial de Divorcio. Dispone:

"Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias, podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo" (871):

Este artículo 13 de la Ley de Divorcio no hace sino reproducir respecto a los cónyuges divorciados el principio general recogido por el artículo 11 de la misma de que por la sentencia firme de divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, pero ello, naturalmente, siempre y cuando no hubiesen celebrado otras nupcias: Siempre y cuando no hubiesen celebrado otras nupcias, podrán los cónyuges divorciados contraer nuevo matrimonio entre sí, no alcanzándoles las limitaciones y prohibiciones reseñadas en el artículo 11 de la Ley de Divorcio, pero sí, en cambio, la prohibición del artículo 12 de la misma.

---

(862) Disponía el artículo 11 del proyecto de ley de divorcio:

"Por la sentencia firme de divorcio, el cónyuge inocente queda en libertad de contraer

nuevo matrimonio, y el culpable sólo podrá contraerlo en los casos no prohibidos en esta ley. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número 2º del artículo 45 del Código Civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas 4ª, 6ª u 11ª, o por mutuo disenso" -las causas 4ª y 6ª del proyecto de ley de divorcio coinciden con las 5ª y 6ª de la ley de divorcio, y la 11ª del proyecto con la 12ª de dicha ley-.

A su vez, disponía el artículo 12 del proyecto de ley de divorcio:

"No podrán contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa 3ª del artículo 3º; ni el cónyuge que hubiese sido declarado dos veces culpable en proceso de divorcio".

Igualmente, el artículo 13 del proyecto de ley de divorcio establecía:

"El cónyuge culpable de divorcio, en los casos no previstos por el artículo anterior, no podrá contraer nuevo matrimonio hasta transcurrido el plazo de un año desde que fué firme la sentencia".

(863) El artículo 10 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio disponía:

"Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del nº 2º del artículo 45 del código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los 300 días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas 5ª y 6ª, 10ª o 12ª, o por mutuo disenso" -las causas 5ª y 6ª del dictamen coinciden con la 5ª y 6ª de la ley de divorcio, la 10ª del dictamen fue suprimida por la Cámara, y la 12ª del mismo coincide igualmente con la 12ª de la Ley-.

(864) Discusión de la enmienda suscrita por el Dr. Juarros proponiendo un nuevo artículo entre el 6º y el 7º del dictamen: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3836-3837.

(865) Discusión del voto particular suscrito por el Dr. Juarros al artículo 10º del dictamen, reproducción de otro anterior que tenía presentado entre los artículos 6º y 7º del mismo con alguna modificación: Cfr. diario de Sesiones tomo VI, p. 3844-3845.

(866) Votos particulares y enmiendas que defienden la tesis prohibitiva del matrimonio en ciertos casos:

a) Voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez (D. Basilio) proponiendo una nueva redacción del artículo 10 del dictamen y la adición al mismo de un nuevo artículo 10 bis:

Artículo 10: "Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, salvo lo que determina el artículo siguiente, aunque el culpable solo podrá contraerlo... (lo mismo que el dictamen, suprimiendo la palabra "decima"):

Artículo 10 bis: "No podrán contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa 3ª del artículo 3º, ni el que hubiese sido declarado dos veces culpable en proceso de divorcio" (Cfr. Diario de sesiones, Apéndice 2º al NUN. 106).

Leídos ambos votos particulares en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUN. 117-, se acepta por la Comisión en lo que atañe al suscrito al artículo 10 del dictamen la supresión de la palabra "decima", porque, en efecto, la causa decima fue suprimida, siendo tomada en consideración por la Cámara esta supresión, siendo retirado por el Sr. Villanueva el suscrito como nuevo artículo 10 bis, al haberse aprobado por la Cámara en la forma que se verá el que había de ser artículo 12 de la Ley de divorcio (Cfr. Diario de Sesiones tomo VI, p. 3844-3853).

b) Enmienda del Sr. Casanueva proponiendo la siguiente redacción del artículo 10º del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Por la Sentencia de divorcio el cónyuge inocente quedará en libertad para contraer matrimonio una vez transcurrido un año desde que fue firme la sentencia. El Cónyuge culpable solo podrá contraerlo una vez que transcurran 5 años desde que la sentencia fue firme.

En ningún caso podrá contraer matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa 3ª del artículo 3º, ni el que hubiera sido declarado culpable en dos causas de

divorcio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUN. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del 17 de Febrero de 1932 -NUN. 117-, al no hallarse presente en la Cámara el Sr. Casanueva, quedó rechazada esta enmienda (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3844).

c) Voto particular del Sr. Fernández Clérigo proponiendo una nueva redacción del artículo 10 del dictamen y la adición al mismo de un nuevo artículo entre los artículos 10 y 11 del dictamen:

Artículo 10: "Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio transcurrido el plazo de un año desde que fué firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número 2º del artículo 45 del Código civil; debiendo empezar a contarse el plazo de los 300 días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas 4ª, 5ª u 11, o 12 o por mutuo disenso".

Nuevo artículo entre los 10 y 11: "No podrá contraer nuevo matrimonio el que hubierá sido declarado culpable por las causas 3ª y 7ª" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUN. 108):

Leídos ambos votos particulares de la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUN. 117-, el Sr. Fernández Clérigo retira el suscrito entre los artículos 10 y 11 por estar ya prejuzgado por una votación anterior de la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853), y respecto al suscrito, al artículo 10 del dictamen, lo retira salvo en el extremo aceptado por la Comisión: La Comisión había aceptado lo que reseñaba el voto respecto de la causa 11, porque la misma hace necesaria la exención de la mujer respecto de los 300 días que tenía que esperar cuando no había sido introducida la modificación del voto particular de los Sres. Vargas, Baeza Medina y Gomariz según el cual se añadía al final del párrafo primero del artículo 7º del dictamen un inciso que decía: "Cuando se funde en la causa número 11, será necesario que hayan transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena" (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 844 y NOTA 658 tesis).

(867) Discusión del voto particular de los Sres. Martínez Moya y Jiménez de Asúa: Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3846-3852.

Leído a continuación un voto particular de los Sres. Martínez Moya y Jiménez de Asúa en que proponían que "el artículo 13 del proyecto de ley sobre divorcio, que se suprime en el dictamen de la comisión, será incorporado al texto definitivo con la misma redacción que tiene en el proyecto" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 7º al NUN. 107), al señalar el sr. del Río que la Comisión no lo puede aceptar por ser reproducción del artículo 10 del dictamen, fue retirado por el Sr. Martínez Moya (Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3852).

(867) El artículo 45 del Código civil dispone:

"Está prohibido el matrimonio: 2º A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado en cinta y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal".

(869) Tanto el texto del artículo 11 del proyecto de ley de Divorcio como el del artículo 10 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio señalaban, por lo que se refiere al plazo del número 2º del artículo 45 del Código Civil: "...debiendo empezar a contarse el plazo de los 300 días...": Advertida la errata por el Sr. Rico Abella, el Sr. Salazar Alonso, presidente de la Comisión de Justicia, manifiesta a la Cámara que, desde luego, antes de la aprobación definitiva de la ley se corregirán los errores materiales que hayan podido deslizarse por el dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3845).

Una enmienda del Sr. Gil y Gil al artículo 10 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción del inciso último del mismo:

"Esta prohibición no tendrá lugar cuando el divorcio sea decretado por estimarse la causa décima del artículo 3º" (Cfr. Diario de sesiones Apéndice 2º al NUN. 112):

Suprimida en la Discusión parlamentaria esta causa décima del dictamen esta enmienda no tenía ya razón de ser, máxime cuando ya la Comisión había aceptado parte de un voto particular de los Sres. Villanueva y Alvarez al artículo 10 del dictamen en que se pedía la supresión de la palabra "décima" del texto del mismo (Cfr. NOTA 866- a la tesis) por lo que la misma es retirada por la Srta. Campoamor al no estar presente en la Sala el primer firmante de la enmienda, Sr. Gil y Gil (Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3845):

Como ya vimos, la Comisión había ya aceptado parte de un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 10 del dictamen en que proponía se adicionara en el último inciso del mismo la excepción a la norma general en el caso de que el divorcio se hubiere dictado por la causa 11 del dictamen, porque, tras la aceptación por la Cámara de un voto particular de los Sres. Vargas, Baeza Medina y Gomariz se había modificado el artículo 7º del dictamen (artículo 8º de la Ley de Divorcio) en el sentido de medir un inciso al final del párrafo primero del mismo conforme al cual para el ejercicio de la acción de divorcio por esta causa 11 era necesario que hubiesen transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena -en el voto particular del Sr. Fernández Clérigo, la causa 11 del artículo 3º coincidía con la causa 11 del artículo 3º del dictamen, causa 11 del artículo 3º de la Ley de Divorcio- (Cfr. Diario NOTA 866- c de la tesis).

(870) Disponía el artículo 50 del Código civil:

"Si a pesar de la prohibición del artículo 45 se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido pero los cónyuges quedarán sometidos a las siguientes reglas:

1º: Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio".

(871) Artículo 11 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio (el artículo 14 del proyecto de ley de divorcio disponía: "los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias, podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo a no ser que el divorcio se hubiere fundado en la causa 3ª; pero no podrán obtener después el divorcio por mutuo disenso"):

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 11 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción del mismo:

"Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias, podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo, a no ser que el divorcio se hubiere fundado en las causas 3ª y 7ª" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 17 de febrero de 1932 -NUM. 117-, el Sr. Fernández Clérigo que en un primer momento lo mantiene en cuanto a la causa tercera por creer que, una vez aprobado el voto particular de los Sres. Martínez Moya y Jiménez de Asúa, este no es sino una consecuencia lógica de la aceptación por la Cámara de aquél, lo retira al manifestarse por el Sr. Gomariz, de la Comisión, que su contenido está ya implícitamente en el acuerdo adoptado por la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853).

Un voto particular de los Sres. Martínez Moya y Jiménez de Asúa proponía a su vez, la siguiente redacción del artículo 11 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias podrán contraer nuevo matrimonio entre si en cualquier tiempo, a no ser que el divorcio se hubiere fundado en la causa 3ª o en delito por el cual haya atentado a la vida del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquellos a que se refiere la causa 7ª, ambas del artículo 3º; pero no podrán obtener después el divorcio por mutuo disenso" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice VII al NUM 107):

Leído por segunda vez en la sesión del 17 de febrero de 1932 -NUM. 117-, es rechazado por la Comisión por ser el criterio de la Cámara el aceptar la prohibición respecto al otro cónyuge como a cualquier otra persona de las divorciadas por la causa 3ª, siendo igualmente desechado por la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853).

10.1.2. La palabra divorcio (que deriva del latín "divertere" -di y verto-: apartarse-separarse), aplicada al matrimonio significa separación de los cónyuges: pero como esta separación puede llevar consigo efectos muy diferentes, según permanezca o se estime disuelto el vínculo matrimonial, podemos distinguir dos especies de divorcio, el llamado pleno, perfecto o vincular -"divortium quad vinculum"-, que supone la ruptura del vínculo, con la consiguiente libertad reconocida a las partes de contraer nuevas nupcias con tercera persona, y el llamado menos pleno o imperfecto -"divortium quad thorum et cohabitatio-nem"), que, a diferencia del anterior, se limita a suspender la vida en común:

Este efecto típico de la mera separación de personas y bienes de los cónyuges como institución jurídica que no produce la disolución del vínculo conyugal sino la simple suspensión de la vida común de los cónyuges vino a reconocerse explícitamente en el inciso primero del artículo 38 de la Ley de Divorcio, conforme al cual "la separación solo produce la suspensión de la vida común de los casados" (872):

Más la ley especial de divorcio otorgaba a los cónyuges la posibilidad de que, por el mero transcurso del tiempo, este efecto típico de la separación de personas y bienes en cuando a las personas de los cónyuges se pudiera convertir en definitiva ruptura del vínculo conyugal, y así su artículo 39 disponía:

"Se dictará sentencia de divorcio a petición de los dos cónyuges, transcurridos dos años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación, y a petición de cualquiera de ellos cuando hubieren transcurrido tres años" (873).

Artículo que se complementa, a su vez, en lo que respecta al procedimiento a seguir en estos casos, por lo dispuesto en el artículo 60 de la citada ley de divorcio:

Obtenida una sentencia de separación, y transcurrido

el tiempo a que se refiere el artículo 39 sin que hubiere mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el juez, probados estos extremos, citará sin mas a las partes, para sentencia, ante la Audiencia correspondiente" (874).

---

(872) Artículo 39 inciso 1º del proyecto de Ley de Divorcio y 36 inciso 1º del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 36 del dictamen se leyó y quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(873) Artículo 40 del proyecto de ley de divorcio y 37 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de divorcio:

Una enmienda del Sr. Martín de Antonio al Art. 37 del dictamen proponía se reformara el mismo con la siguiente adición: "... excepto en los casos en que la separación haya sido obtenida alegando cierta causa (como el adulterio), en los cuales no será necesario que transcurra el plazo que se cita" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice único al NUM. 113):

Leída por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, fue retirada por su autor, aprobándose, sin más discusión, este artículo 37 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI. p. 3889).

(874) Artículo 56 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio (el artículo 59 del proyecto de ley de divorcio establecía: "Obtenida una sentencia de separación y transcurrido el tiempo a que se refiere el artículo 40 sin que hubiere mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el juez, probados estos extremos, citará sin mas a las partes, para sentencia, ante la Sala de lo Civil correspondiente"):

Un voto particular del Sr. Pita Romero al Artículo 56 del dictamen proponía que "como en el 59 del proyecto del Gobierno, las palabras finales deben decir: "ante la Sala de lo civil correspondiente", en vez de "ante la Audiencia correspondiente" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice VI al NUM. 117), voto particular que al leerse por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 112- fue retirado por su autor por haber quedado su contenido ya prejuzgado en la discusión del artículo 52 del dictamen sobre la competencia de las Audiencias provinciales, aprobándose, a continuación, sin más discusión, este artículo 56 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3987).



10.2. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a los hijos (875):

La salvaguarda de los intereses de los hijos, el matrimonio de cuyos padres se disuelve por sentencia firme de divorcio es preocupación esencial de la ley especial de divorcio: La disolución del matrimonio tiene consecuencias inmediatas en cuanto a la suerte de los hijos cuyos padres se han divorciado; si hasta ese momento la ley atiende primariamente a las relaciones entre los cónyuges litigantes, una vez dictada la sentencia firme de divorcio se adoptan por la misma cuantas medidas de protección son necesarias para salvaguardar los intereses de los hijos.

En este apartado trataremos únicamente de los efectos a la sentencia firme de divorcio en cuanto a los hijos, pues, en otra parte, se vieron ya las medidas adoptadas por la ley especial de divorcio a efectos de salvaguardar los intereses de los hijos durante la sustanciación del proceso (876).

a) Presunción de la afiliación del artículo 108 del Código civil (877).

Dispone el artículo 22 de la ley especial de divorcio:

"El plazo de trescientos días que establece el artículo 108 del código civil empezará a contarse desde la fecha de la diligencia judicial de separación de los cónyuges" (878):

A efectos de la presunción, presunción "iuris tantum", que establece el artículo 108 del Código civil, de legitimidad de los hijos nacidos dentro de cierto plazo, señala el artículo 22 de la ley de divorcio que el plazo de trescientos días que se establece en dicho artículo empezará a contarse, no desde la fecha en que se dicte la sentencia firme de divorcio, sino desde la fecha de la diligencia judicial de separación de los conyuges: Las presunciones establecidas en el artículo 108 del

civil solo rigen en los supuestos de convivencia matrimonial, mas estas presunciones legales juegan de distinta manera según estemos ante un supuesto de mera separación de hecho o ante una separación legal efectiva de los cónyuges: Cuando estemos ante un supuesto de mera separación de hecho de los cónyuges no desaparece, por sí, la presunción de paternidad, pero éste puede destruirse por la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en el período que el precepto señalaba, imposibilidad no sólo física sino la que se da y se origina también por la ausencia del marido o por cualquier otra causa que lleva consigo el alejamiento efectivo voluntario o impuesto de los esposos; por el contrario, la presunción desaparece cuando el matrimonio ha sido disuelto -disolución por muerte de uno de los cónyuges o por sentencia firme de divorcio- o existe separación legal efectiva de los cónyuges, caso en el que puede el marido o sus herederos desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges, correspondiendo a la mujer y al hijo a quien incumbe la prueba en contrario de la legitimidad de éste (879), mas como en el supuesto de disolución del matrimonio por sentencia firme de divorcio la separación legal efectiva de los cónyuges se ha producido con anterioridad a la sentencia firme de divorcio es lógico que su Ley reguladora retrotraiga a la fecha de la diligencia judicial de separación de los cónyuges el plazo de los trescientos días que establece el citado artículo 108 del Código civil, por cuanto que este sólo reconocía explícitamente la disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges -artículo 52 del Código civil (Implícitamente se reconocían en nuestro ordenamiento jurídico vigente dos causas más de disolución del matrimonio, la dispensa del matrimonio vanónico rato y no consumado y la disolución del matrimonio civil por aplicación del Privilegio Paulino, ello hasta la reforma republicana de la materia matrimonial).

b) Declaración explícita del principio inderogable de la subsistencia íntegra de los deberes de los padres con

sus hijos, y de los derechos y ventajas que a éstos les están asegurados por las leyes:

Acoge la Ley especial de Divorcio este principio de la subsistencia íntegra de los deberes de los padres cuyo matrimonio se ha disuelto por sentencia firme de divorcio para con sus hijos en su artículo 14, que dice:

"La disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El juez fijará la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir al cumplimiento de aquéllas.

Son aplicables a este supuesto las disposiciones del artículo 33" (880).

En el artículo 15 de la misma se recoge, a su vez, el principio de la subsistencia íntegra de los derechos y ventajas que a los hijos les están asegurados por las leyes:

"Los hijos conservan todos los derechos y ventajas que les están asegurados por las leyes, por sus padres o por otras personas; pero no podrán ejercitarlos sino en los mismos casos en que podrían hacerlo de no haber mediado el divorcio" (881).

Los artículos 16 a 21 de la Ley de Divorcio proveen el régimen en que han de quedar los hijos respecto de los cónyuges divorciados, estableciendo los derechos y obligaciones del cónyuge en cuyo poder queden los hijos menores de edad, así como los de aquel que no los tenga en su poder, respecto del cual ya señala el inciso segundo del párrafo primero del artículo 14 que "el juez fijará la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir al cumplimiento de aquéllas": Determinado el sistema de la Ley de Divorcio preferentemente por el principio del divorcio culpable, el régimen establecido por la misma en cuanto se refiere a la situación

en que hayan de quedar los hijos respecto de los cónyuges divorciados impone la preferencia del cónyuge inocente para la guarda y custodia de los hijos menores de edad, pero como, en definitiva es el interés de los hijos el que se ha de salvaguardar, a este interés se está a la hora de establecer este régimen, siendo la preferencia que se impone respecto del cónyuge inocente para asistir personalmente a los hijos menores de edad una preferencia apriorística siempre sujeta al principio que rige esta materia del interés de los hijos:

• Dispone el artículo 16 de la Ley de Divorcio:

"Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas primera, segunda, novena, décima, undécima y duodécima, o por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del Juez" (882).

A su vez, el artículo 17, complementando el artículo anterior, dispone:

"A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas de divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.

Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años" (883).

Y el artículo 18, teniendo en cuenta precisamente ese principio del interés de los hijos, dispone, a su vez:

"El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado, en virtud de causas graves

y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los hijos" (884).

Las reglas que rigen el régimen de la Ley especial de Divorcio en cuanto se refiere a la situación en que hayan de quedar los hijos respecto de los cónyuges separados o divorciados pueden esquematizarse de la siguiente manera:

1º: La madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de cinco años, salvo que la sentencia hubiese dispuesto otra cosa -Artículo 17 párrafo segundo de la Ley de Divorcio-: Salvo que la sentencia dispusiere otra cosa en interés de los hijos, la madre, sea o no cónyuge culpable, tendrá a su cuidado a los hijos menores de cinco años.

2º: Disuelto el matrimonio o decretada la separación de personas y bienes de los cónyuges por cualquiera de las causas primera, segunda, novena, décima, undécima y duodécima (885), o por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad, pero este acuerdo necesitará la aprobación del Juez -Artículo 16 de la Ley de Divorcio-: La autoridad judicial vigila así con su aprobación el acuerdo posible de los padres en relación a la permanencia de los hijos en compañía de uno u otro de aquéllos, y podrá, en consecuencia, por causas de conveniencia de los hijos, alterar por su resolución el régimen establecido por los padres.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, es de aplicación el principio según el cual los hijos quedan en poder del cónyuge inocente -Artículo 17 párrafo primero inciso 1º de la Ley de Divorcio-: Se impone así la preferencia de asistirlos personalmente al cónyuge inocente. Pero hay que tener en cuenta, respecto de las causas undécima y duodécima, que al ser causas "sine culpa", basadas en el principio de "discrepancia objetiva" -Como ya vimos en su momento, respecto de la causa undécima, el testimonio de sentencia firme condenatoria a pena de privación

de libertad por tiempo superior a diez años, con independencia de la clase de delito por el que se hubiera sido condenado, daba lugar, transcurridos tres años, por lo menos, desde la condena, a la estimación de la acción de separación o de divorcio-, así como en el caso de separación o de divorcio por mutuo disenso, habrá que estar, a falta de acuerdo, a lo que se dirá en la regla 4ª.

3ª: Disuelto el matrimonio o decretada la separación de personas y bienes de los cónyuges por cualquiera de las causas tercera, cuarta, quinta, séptima y octava, es de aplicación el principio según el cual los hijos quedan en poder del cónyuge inocente: Se impone la preferencia de asistírlqs personalmente al cónyuge inocente, sin que en este caso puedan los cónyuges acordar en poder de cuál de ellosn ha de quedar los hijos comunes menores de edad. Así, la doctrina del Tribunal Supremo, conforme a la cual no cabe aplicar el artículo 17 de la Ley de Divorcio cuando se acuerda el divorcio o la separación de los cónyuges por las causas cuarta (886) y séptima (887), doctrina que hay que ampliar a las causas tercera, quinta y octava, ya que es indudable que este precepto está en relación de dependencia con el artículo 16 de la misma Ley.

4ª: Si ambos cónyuges fueren culpables, o no lo fuese ninguno -supuestos de la causa sexta y decimotercera-, el Juez, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas de divorcio o de la separación y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de los cónyuges han de quedar, o los mandará proveer de tutor conforme a las disposiciones del Código civil -A esta regla habrá que estar, a falta de acuerdo entre los cónyuges, en los supuestos en que se decreta la disolución del vínculo o la separación legal de los cónyuges por las causas undécima, duodécima, 3ª del artículo 36, o por mutuo disenso- (Artículo 17 párrafo primero inciso segundo de la Ley de Divorcio): En estos casos, el Juez podrá aplicar su criterio discrecional según las particularidades concretas de cada uno, pero, en nuestra opinión, la constitución de tutela es siempre un

remedio excepcional a aplicar sólo en los casos más graves de doble culpabilidad de ambos cónyuges; de igual modo creemos que en los casos de ausencia, condena y enajenación mental -causas sexta, undécima y decimotercera- los hijos comunes menores de edad han de quedar necesariamente en poder del cónyuge que solicitó y obtuvo el divorcio o la separación por alguna de las referidas causas (888).

5ª: Este régimen establecido en los artículos 16 y 17 de la Ley de Divorcio, en cuanto se refiere a la situación en que hayan de quedar los hijos respecto de los cónyuges divorciados o separados, podrá ser modificado por el Juez instructor del pleito en periodo de ejecución de sentencia y en el curso de la respectiva pieza separada, siempre que concurran causas graves en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos, o con posterioridad -Artículo 18 de la Ley de Divorcio-, siendo del arbitrio y apreciación del Juez actuando en la oportuna pieza separada la estimación de esas causas para decidir con plena competencia lo que juzgue pertinente en cada caso (889), con las alzas jurárquicas procedentes ante el inmediato superior jerárquico, pues, como ya vimos, las resoluciones del Juez de Primera Instancia en estas materias son susceptibles de recurso de apelación ante la Audiencia provincial respectiva que, conforme al artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento civil, concederán de un modo definitivo en segunda instancia en trámite de apelación de las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en las cuestiones incidentales a las que señala la Ley su tramitación aparte en piezas separadas (890).

c) Derechos y obligaciones de los cónyuges para con los hijos del matrimonio según los tengan o no en su poder:

Dispone el artículo 20 de la Ley especial de Divorcio:

"Aquel de los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrá sobre ellos la patria potestad y, por consiguiente

su representación y el usufructo y administración de sus bienes.

El que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos" (891).

A su vez, el artículo 19 de la misma Ley establece:

"El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiera sido declarado culpable del divorcio, fundado en las causas tercera o cuarta, o en el atentado contra la vida de los hijos del matrimonio.

En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial" (892).

Se pueden esquematizar así las reglas contenidas en los artículos 19 y 20 de la Ley de divorcio respecto a los derechos y obligaciones de los cónyuges para con sus hijos según los tenga o no en su poder:

1ª: Los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrán sobre ellos la patria potestad y, en consecuencia, todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad conforme a lo que dispone la legislación común -Artículo 20 párrafo primero de la Ley de Divorcio-.

2ª: Los padres en cuyo poder no queden los hijos menores conservan el derecho a comunicar con ellos y vigilar su educación, pero corresponde al Juez determinar la forma y adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos -Artículo 20 párrafo segundo de la Ley de Divorcio-, así como la forma en que aquéllos deben contribuir al cumplimiento de sus obligaciones para con los hijos -Artículo 14 párrafo primero inciso segundo de la Ley de Divorcio-.



3º: A la muerte del cónyuge en cuyo poder hubieran quedado los hijos menores, volverá el otro cónyuge a recobrar la patria potestad y sus derechos, salvo en el caso de que hubiera sido declarado culpable del divorcio o la separación por las causas tercera y cuarta o por atentado contra la vida de los hijos del matrimonio, en cuyos casos se les proveerá a éstos de tutor, a no ser que se recobre la patria potestad por el cónyuge culpable por declaración judicial; igualmente se proveerá de tutor a los hijos cuando a la muerte del cónyuge en cuyo poder hubieran quedado, el otro cónyuge no pudiera recobrar la patria potestad por incapacidad, ausencia o interdicción civil -Artículo 19 de la Ley de Divorcio-.

d) Consecuencias en cuanto a la situación de los hijos del hecho de contraer nuevo matrimonio el cónyuge divorciado en cuyo poder hubieren quedado los hijos menores de edad:

Dispone el artículo 21 de la Ley de divorcio:

"El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí sola causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto no obstante, el Juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifican esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda.

En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos" (893).

Reglas que rigen en cuanto a la situación de los hijos

cuando el cónyuge divorciado en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto contrae segundas o ulteriores nupcias:

1º: El mero hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí sólo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole -Artículo 21 párrafo primero inciso 1º de la Ley de Divorcio- (894).

2º: No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el Juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte (895) y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución -Artículo 21 párrafo primero inciso segundo de la Ley de Divorcio-.

3º: En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuese contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda: En este caso se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos -Artículo 21 párrafo primero inciso tercero y párrafo segundo de la Ley de Divorcio- (896).

Se debe entender por régimen de comunidad de bienes, según interpretación auténtica de la Comisión en la discusión del artículo 19 del dictamen, aquel en que no es posible determinar los bienes que son de uno u otro cónyuge, sin que pueda considerarse el régimen legal de gananciales como un régimen de comunidad de bienes, sino como un régimen de comunidad de gananciales excluido, por tanto, de esta norma conforme a la cual cuando el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda, nombrándoseles a éstos un

gestor de sus bienes, cuyo nombramiento se hará judicialmente aplicando por analogía los preceptos para designar de la tutela, y conservando, naturalmente, el cónyuge bínubo todos los demás derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

e) Legitimación por subsiguiente matrimonio de los hijos habidos fuera del matrimonio una vez obtenido el divorcio con el cónyuge anterior:

Una enmienda del Sr. González López proponía la edición de una regla transitoria en el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio con la siguiente redacción:

"Los hijos habidos fuera del matrimonio, cuando éste carezca de sucesión, de cónyuges que hubieran permanecido en estado de separación de hecho y sin hacer vida común durante más de tres años, podrán ser legitimados por subsiguiente matrimonio por los padres, una vez disuelto el primero por muerte, nulidad o divorcio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 24 de Febrero de 1932 -NUM. 122-, no hallándose en el salón el Sr. González López, pide la palabra la Srta. Campoamor para defender esta enmienda, cuyo objeto es, señala, que pueda ser regularizada la situación de los hijos habidos fuera del matrimonio cuando alguno de los padres contraiga subsiguiente matrimonio una vez obtenido el divorcio con el cónyuge anterior, y ello, modificando en este extremo la enmienda del Sr. González López, en beneficio absolutamente de todos los hijos, sin la traba de que los padres hubieran estado desunidos de hecho durante un término de tres años, que se fija en la enmienda, o que hubieran carecido de sucesión, sabiendo de antemano que quizá no sea propio de una Ley de Divorcio una enmienda de esta naturaleza:

"... Aun cuando es posible que la Comisión y la Comisión y la Cámara estimen que, evidentemente, acaso no sea propio de

una ley de Divorcio una enmienda de esta naturaleza y haciendo la salvedad de que, al defenderla, yo no la defendería en toda su integridad, sino pidiendo que se suprimieran algunas de las bases que contiene, por si hallase méritos la Comisión para admitirla, voy a decir breves palabras en defensa de aquélla.

Se pretende en la enmienda que pueda ser regularizada la situación de los hijos habidos fuera del matrimonio cuando alguno de los padres contraiga subsiguiente matrimonio, una vez obtenido el divorcio con el cónyuge anterior. Es lo cierto, Sres. Diputados, que en los clamores de esas almas en pena, que, como decía el Sr. Besteiro, esperaban la ley de Divorcio, muchísimos de ellos (sobre todo hombres, quizá por la mayor valentía con que presentan sus situaciones sociales), casi todos ellos, claman por ilegal al divorcio, no a fin de romper una cadena, ni la unidad matrimonial, sino por mas nobles estímulos, por regularizar situaciones legales y, sobre todo, por regularizar la situación de los hijos.

He aquí por qué me permito decir estas palabras en defensa de esta enmienda, si bien aconsejando a los firmantes pidiéndoles, para que en esta forma fuera por la Comisión examinada la procedencia o no de la admisión, que quedara reducida a lo siguiente: "Los hijos habidos fuera del matrimonio podrán ser legitimado por subsiguiente matrimonio por los padres, una vez disuelto el primero por muerte, nulidad o divorcio". Es decir, que de adoptarse esta disposición, fuera en beneficio absolutamente de todos los hijos, sin la traba de que los padres hubieran estado desunidos de hecho durante un término de tres años, que se fija en la enmienda, o que hubieran carecido de sucesión.

Se trata simplemente de dar forma a algo que tiene estado en la legislación alemana, por ejemplo, en la cual la legitimación de un hijo está permitida incluso por un cónyuge casado con otro que no sea el padre o la madre de

la criatura, bastando tan sólo la aprobación del otro cónyuge. Es decir, que se eleva a forma de legitimación lo que es entre nosotros forma de adopción.

Yo no creo que necesite insistir en esto, aparte de que la Comisión estime que sea o no éste el lugar; pero aun cuando no lo fuera y la enmienda fuese rechazada, he considerado de mi deber elevar aquí la voz en nombre de los hijos habidos fuera de matrimonio, de los hijos que arrastran el concepto de adulterinos o de ilegítimos, a fin de que puedan éstos legitimarse por subsiguiente matrimonio, y si bien es verdad que esto estaría al margen de una ley de divorcio y que hubiera de venir en la regulación, por ejemplo, de la investigación de la paternidad, cuando realmente la Cámara tiene motivo y ocasión de hacer algo noble, algo grande y algo bueno con una sola base, por pequeña que sea, la de la ley de divorcio, para admitirlo, creo que sería suficiente, sería uno de estos casos en que si jurídicamente, procesalmente nos hubiéramos excedido, sentimentalmente, idealmente y justicieramente la Cámara habría cumplido con su deber aceptando esta enmienda limitada, como digo, a que los hijos habidos fuera de matrimonio podrán ser legitimados por subsiguiente matrimonio por los padres, una vez disuelto el primero por muerte, nulidad o divorcio":

Sin entrar en el fondo de la cuestión y considerando que quizá fuera muy conveniente que la legitimación civil española lo que la enmienda propone, se desestima, sin embargo ésta por el Sr. Moreno Mateo, en nombre de la Comisión, por la razón ya apuntada por la Srta. Campoamor de ser una materia que no tiene relación alguna en absoluto con la ley de Divorcio, siendo rechazada igualmente por la Cámara en votación ordinaria por 90 votos contra 46:

"Sr. Moreno Mateo: ~Sres. Diputados, la Comisión tiene que dar muy breves razones para afirmarse en su criterio de no admitir la enmienda. Estas razones han sido ya dadas por

la Srta. Campoamor, que, aunque no firmante de la enmienda, ha querido defenderla. Nosotros no podemos entrar, desde luego, en el fondo de la cuestión. Es quizá, muy procedente, quizá la extraordinaria conveniencia, que figurará entre los preceptos de la legislación civil española lo que la enmienda propone; pero hemos de afirmarnos en lo que ya decía la misma defensora: que es una materia que no tiene relación alguna en absoluto con la ley de Divorcio; que es algo que vendrá muy bien en la ley Reguladora de la investigación de la paternidad y que, por consiguiente, introducirlo aquí en la ley de Divorcio sería una cosa completamente fuera de lugar.

De manera que por estas razones nosotros deseáramos que en su momento oportuno los firmantes de esta enmienda la tuvieran en cuenta para reproducirla. Y nada más" (897).

(875) Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Divorcio:

"La separación sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta ley" (Artículo 39 del proyecto de ley de divorcio y 36 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 36 del dictamen se leyó y quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(876) Cfr. en este capítulo el apartado 9.1.2. sobre medidas provisionales coetáneas al proceso de separación y de divorcio con relación a los hijos.

(877) Dispone el artículo 108 del Código civil:

"Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

(878) Artículo 23 del proyecto de ley de divorcio y 20 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 20 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

(879) Dispone el artículo 111 del Código civil:

"El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

(880) Artículo 15 del proyecto de ley de divorcio y 12 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 12 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853).

(881) Artículo 16 del proyecto de ley de divorcio y 13 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 13 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853).

(882) Artículo 17 del proyecto de ley de divorcio -las causas 10 y 11 del proyecto se corresponden, respectivamente, con las 11 y 12 de la ley de divorcio, no recogiendo en el texto del proyecto la que sería causa 10 de la ley- y 14 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio -la causa 10 del dictamen desapareció por acuerdo de la Cámara, no recogiendo en el texto del dictamen la que sería causa 10 de la ley-:

Una enmienda del Sr. Juarros proponía que los artículos 14 y 15 del dictamen quedasen redactados en uno solo que dijese: "Disuelto el matrimonio, el Juez determinará en poder de quien deben quedar los hijos, atendiendo a los intereses de estos, antes que a cualquier otro criterio" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 1º al NUM. 105): Leída por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117-, y no estando presente en la Cámara el firmante de la misma ni habiendo ningún Sr. Diputado que pidiera la palabra para apoyarla, quedó rechazada, aprobándose seguidamente el artículo 14 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853).

(883) Artículo 18 del proyecto de ley de divorcio y 15 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el Proyecto de ley de Divorcio:

Leída en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117- una enmienda del Sr. Arranz proponiendo la siguiente redacción del artículo 15 del dictamen: "A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Se entenderá por cónyuge inocente el que haya obtenido sentencia favorable de divorcio por causa imputable al otro cónyuge o actos voluntarios de este" (El resto lo mismo que en el proyecto), la misma fue retirada por su autor (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 110 y Tomo VI, p. 3853).

A continuación se leyó una enmienda del Sr. Puig de Asprer al artículo 15 del dictamen en que se proponía quedara redactado el segundo párrafo del mismo del siguiente modo:

"Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de diez años" (Cfr. diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 107):

Para el Sr. Puig de Asprer tratándose, como se trata, de proteger a los niños, lo mas oportuno, lo mas adecuado, lo mas conforme con la naturaleza del niño es que, siempre que no disponga otra cosa la sentencia de divorcio, el niño hasta los diez años permanezca en poder de la madre, ya que el niño hasta esa edad necesita muy especialmente de los cuidados de la madre:

"... Sres. Diputados, muy breves momentos voy a emplear en defender la enmienda que está puesta a debate.

Señala el artículo 15 del proyecto la edad de cinco años como límite para que, en todo caso, siempre que no disponga otra cosa la sentencia de divorcio, el hijo quede en poder de la madre, y yo entiendo más oportuno, más adecuado, más conforme con la naturaleza del niño que hasta los diez años permanezca en poder de la madre.

La actual Ley de enjuiciamiento civil fija la edad límite de tres años, y este plazo de tres años ha sido ampliado por la Comisión hasta el de cinco, pareciéndome deficiente la ampliación, ya que el niño a los cinco, a los seis, a los siete, a los ocho y hasta a los diez años, necesita muy especialmente de los cuidados de la madre.

En realidad, éste no debiera ser un derecho de los cónyuges, sino de los hijos, quienes podrían elegir lo que tuvieran por conveniente.

Entiendo yo que el niño, hasta los diez años, requiere el cuidado de la madre, y por eso pido que se amplíe el plazo que señala el proyecto, tanto más sosteniéndose en él, como se sostiene, que siempre que la sentencia de divorcio no hubiese dispuesto otra cosa, ¿Qué inconveniente hay, pues, en que el niño a los seis, a los siete, a los ocho y hasta a los diez años, siga en poder de la madre?

Y nada más, Sres. Diputados, porque creo que el caso es de suma claridad. Se trata únicamente de proteger a los niños, y ya que hablamos de declarar los derechos del niño, justo es que, cuando se trata de algo que a los niños afecta, sean objeto, por parte de la ley, de todo amparo y protección, máxime cuando se trata de legislar sobre el divorcio":

Para apoyar la enmienda del Sr. Puig de Asprer interviene en su discusión la Srta. Campoamor, que entiende que la edad, hasta los diez años, es efectivamente la más indicada para que el hijo continúe bajo la potestad de la madre, y sin que haya peligro alguno de que la madre pueda desviar su educación, puesto que ya se dice que esto deberá suceder siempre que la sentencia de divorcio no hubiera dispuesto otra cosa:

"... No puedo renunciar a apoyar por breves momentos la enmienda presentada por el Sr. Puig de Asprer, fundamentándose en las razones en que él se apoyaba, porque, evidentemente, lo que interesa es cuanto se refiere al hijo y no a los cónyuges.

Apoyo esta enmienda por entender que la edad, hasta los diez años, es, efectivamente, la más indicada para que el hijo continúe bajo la potestad de la madre, porque el alma del niño a esa edad, y su espíritu en formación, necesitan de la asistencia permanente de la madre, sobre todo, dados nuestros hábitos sociales, en que la mujer todavía no se ha independizado del hogar y no hace la vida del varón (Un Sr. diputado: Así saldrán clericales) O no sandrán clericales; depende de cómo sea la madre, y también podrían salir estando en poder del padre, por abandono de éste.

Aun cuando en la mecánica social pudiera entenderse, y sería estimable, que el padre puede ejercer una influencia más decisiva, más fuerte sobre la educación del niño, la edad que puede establecerse es precisamente después de haber salido de la primera escolaridad, cuando el niño va a señalar si iniciación en la vida. Entonces podría recogerle el padre, en el caso en que la sentencia de divorcio no dispusiera lo contrario.

No constituye esto ninguna novedad, porque ya la legislación inglesa determina que el hijo quede en poder de la madre hasta los catorce años, y no hay peligro alguno de que la madre pueda desviar su educación, puesto que ya se dice en la enmienda, con acierto, que esto deberá suceder siempre que la sentencia de divorcio no hubiera dispuesto otra cosa.

Y la sentencia es la que ha de determinar si la madre debe o no conservar al hijo a su lado; si debe quedar el hijo en poder del padre, por estimarse una perturbación que esté con la madre, o si no debe quedar con ninguno de ellos y ha de designarse tutor a una tercera persona por no serle conveniente al hijo la asistencia de sus padres. Por otra parte y aún desentendiéndonos, por un momento, de aquello que interesa al hijo, que debe ser nuestro móvil principal, no podemos sustraernos precisamente en esta Cámara, en la que me felicito de que haya tantos médicos y sociólogos, no podemos sustraernos a esa función de la Naturaleza que hace, aunque no se quiera y no lo desconocerán los Sres. Diputados que me oyen, que la madre tenga en el hijo una mayor participación y le sea más doloroso, si no hay causa imputable a ella, desprenderse de un trozo de sí misma, de edad tan temprana como la de cinco años, en que las criaturas apenas han adquirido la noción de muchas cosas. Pero, dejando aparte este aspecto sentimental que pudiera no impresionar a la Cámara, apoyo la enmienda en el sentido de que es más beneficiosa para el hijo, que lo que necesita hasta los diez años, más que la asistencia de virtudes viriles, es la ternura, los desvelos, la dedicación de la madre, que es superior a la que puede prestar el varón hasta esa edad en que empieza a formarse su espíritu":

Para el Sr. Del Río, de la Comisión, la enmienda suscrita por el Sr. Puig de Asprer no puede tener más finalidad que la de querer suplir una omisión del Juez que no cree haya de incurrir en la misma, a no ser que se intente imponer en todo caso que los hijos menores de diez años, en contra del dictamen, queden en poder de la madre, pues en aquél se dice que, a falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente, que si ambos son culpables o no lo fuese ninguno la sentencia lo más conveniente para los hijos, y si no dijese nada que, en todo caso, la madre tendrá a su cuidado los hijos menores de cinco años:

"... La Comisión, por las razones que brevemente va a exponer, no puede admitir la enmienda



del Sr. Puig de Asprer, apoyada también por la Srta. Campoamor. Sin duda para formular su enmienda no han tenido en cuenta los diferentes casos que señala el artículo 15 del proyecto. Ese artículo establece que, a falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si la enmienda no pretende ir contra esa declaración del artículo 15, no puede tener más finalidad que la de suplir una omisión del juez, que no creemos haya de incurrir en ella. Dice así el artículo 15: "A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la convivencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil".

Y luego, para el caso en que la sentencia tenga una omisión, que no es presumible, se dice en el dictamen que "la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años".

Esa es la finalidad de la ley. ¿Qué se quiere, pues, con la enmienda? ¿Suplir una omisión de la justicia o imponer en todo caso que los hijos menores de diez años queden en poder de la madre? Ya dice el artículo que quedarán en poder del cónyuge inocente, porque en el estado actual del Derecho, los hijos menores de tres años quedan en poder de la madre, y los mayores en el del padre; pero esto se refiere al tiempo que tarde en tramitarse el divorcio, mientras no haya sentencia. El argumento de la enmienda estaría bien refiriéndolo al tiempo en que se tramite el divorcio; pero un vez terminado éste por sentencia firme, creemos que no puede prosperar el criterio a que responde la enmienda".

Con razón, como se ha de ver, diría la Srta. Campoamor que el acuerdo de los cónyuges o, en su caso, los diversos supuestos que señala el artículo 15 del proyecto están condicionados, salvo que la sentencia hubiese dispuesto otras cosas, al principio de que los hijos menores de cinco años permanezcan en poder de la madre, y de lo que se trata en la enmienda debatida es prolongar esa edad hasta los diez años:

"... Para hacer la aclaración que pide el Sr. Del Río. La enmienda tiene la misma finalidad que la que marca los cinco años, porque el artículo 15 dice que a falta de acuerdo quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Precisamente en los casos en que haya acuerdo la sentencia no hará más que referirse al acuerdo, y teniendo esta limitación de principio a favor de que el hijo permanezca bajo la potestad maternal, sería una condicional para el acuerdo mismo. Esta es la explicación. Lo que hace es prolongar la edad desde cinco hasta diez años. La misma razón que tiene el proyecto al fijar los cinco años existe para señalar diez".

Esta enmienda fue rechazada por la Cámara por 59 votos contra 19, y 25 abstentidos, aprobándose a continuación el artículo 15 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3853-3855).

(884) Artículo 19 del proyecto de la ley de divorcio y 16 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Una enmienda del Sr. Arranz a este artículo 16 del dictamen proponía se adicionará al mismo el siguiente párrafo:

"Podrán pedir la modificación a que este artículo se refiere todas aquellas personas a quienes correspondería en su caso la tutela legítima. Deberá pedirla el Ministerio fiscal, cuando no existan esas personas, o, existiendo, no hagan uso de la facultad que se les concede o carezcan de la personalidad necesaria" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 110).

Leída por segunda vez en la sesión del día 17 de Febrero de 1932 -NUM. 117-, explica el Sr. Arranz que la adición que propone la enmienda sólo trata de determinar qué personas, quienes pueden pedir esa modificación de la situación de los hijos, quién tiene acción, quién tiene derecho para pedir esa modificación:

"... A mi juicio, el artículo 16 del proyecto está incompleto. Se establece en él que el régimen determinado en los artículos anteriores, podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos; y al examinar este artículo yo me hice esta pregunta: ¿Quién puede pedir esta modificación? ¿Quién ha de pedir esta modificación? (El Sr. Villanueva: Las partes) ¿Quiénes son las partes en cada caso? (El Sr. Villanueva: El Ministerio Fiscal..

Y yo contestaba con una adición a ese artículo, diciendo que podrán pedir esa modificación aquellas personas a quienes correspondería la tutela legítima, y si esas personas no existen, no quieren o no tienen personalidad para pedirla, que la pida el Ministerio fiscal (Un Sr. Diputado: Una especificación necesaria) Me parece que está perfectamente justificado.

Si la Comisión insiste en no admitir la enmienda, yo espero oír las razones que aduzca para ello, a ver si se convence":

El Sr. Gomariz en nombre de la Comisión, rechaza la enmienda por entender que no señalando las personas a quienes podrá darse esta atribución, concede la ley amplio margen para que las partes, el Ministerio fiscal o las instituciones que en lo sucesivo se creen, puedan solicitarlo, no viendo la conveniencia de concretar de manera restrictiva las personas que pueden intervenir en estos derechos:

"... No acepta la Comisión la enmienda del Sr. Arranz, porque, como otras muchas que se le han presentado en este sentido, señala el número determinado de personas que pueden suplir la capacidad para pedir la modificación del régimen establecido en los artículos anteriores. Nosotros creemos que en punto a los menores, en efecto, pueden pedirlo las personas que el Sr. Arranz señala en su enmienda; pero es posible que las personas a quienes atribuya la legislación protectora de los menores la facultad de velar por sus intereses, lo puedan pedir también, y todas las personas que en lo sucesivo formen estos patronatos, incluso el juez de menores, si llega a estatuirse. En una palabra: Creemos que no señalando las personas a quienes podrá darse esta atribución, concede la ley amplio margen para que las partes, el Ministerio Fiscal o las instituciones que en lo sucesivo se creen, puedan solicitarlo. Lo que no vemos es la conveniencia de concretar de manera tan restrictiva las personas que pueden intervenir en estos derechos que, aunque son por mandato de la ley las que S.S. señala, pueden venir a ser otras en distinto momento":

Aun cuando estas razones del Sr. Gomariz suponen la admisión implícita del espíritu de la enmienda del Sr. Arranz, la discusión se va a centrar en otro punto, cual es si la modificación del régimen establecido en los artículos anteriores se refiere a la situación de los hijos antes o después de dictada la sentencia firme de divorcio o separación, dejando en claro el Sr. Arranz que el artículo discutido supone una modificación del régimen establecido en los artículos anteriores después de dictada la sentencia firme de divorcio o separación:

"... Para rectificar brevemente (Un Sr. Diputado: Lea S.S. el artículo 45) Podrá ocurrir que en su día se modifique la legislación y se atribuya a otras personas, o a otras entidades, o a los jueces, la representación de los menores y pueden pedir lo mismo que aquí se determina... (El Sr. Gomariz: El Ministerio fiscal es parte en todos los juicios) Permítame el Sr. de la Comisión. El Ministerio fiscal será parte en los procedimientos. Aquí suponemos que ha terminado el juicio, y después de concluido el pleito, el divorcio, se produce una perturbación que modifica la situación de los hijos con respecto a sus padres y que hace falta que se cambie esa situación en virtud de la modificación a que la misma Comisión alude. El Ministerio fiscal puede no tener noticia de esas causas, de esos motivos de modificación; no creo que estará de más... (El Sr. Gomariz: ¿A qué modificación se refiere S.S.? Especificuella) Dice el artículo del proyecto: "El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos". Se refiere a la situación de los hijos después de dictada la sentencia de divorcio (El Sr. Gomariz: Se establece en la sentencia), a efectos del divorcio en cuanto a los hijos, después de dictada la sentencia del divorcio.

Me parece que la cosa está perfectamente clara. No trato de llevar mi convencimiento a la Comisión; trato de exponer un criterio que me parece razonable y justo; si los señores de la Comisión se empeñan en no admitirlo, lo lamento, porque me parece que la adición está perfectamente justificada":

Aun cuando el Sr. Gomariz entiende que este régimen puede ser modificado antes y después de la sentencia, aun admitiendo esta segunda hipótesis, rechaza la enmienda por las mismas razones que ya expusiera en su intervención anterior:

"... La Comisión, yo al menos, lo declaro humildemente, no se si el Sr. Arranz cuando defiende las enmiendas, lo hace a medias, para no exponer todas las causas concretas que muevan el ánimo de la Comisión a aceptarlas.

Yo agradecería al Sr. Ossorio, que abunda en las razones, por lo menos en sus gestos, del Sr. Arranz, que nos diese una noción más exacta para que, al menos yo, me sumase a su criterio, porque no tengo criterio cerrado (El Sr. Ossorio y Gallardo: Pido la palabra)

Dice el Sr. Arranz y dice el proyecto: "El régimen establecido, conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos". En los dos artículos anteriores se dice lo siguiente: "Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas, etc." (habla de en poder de quien deben quedar los hijos) y luego se dice que si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, dictará la sentencia. Y yo entiendo que, cuando dice el artículo siguiente que, sin perjuicio de estas normas podrá el juez en la sentencia determinar... (Rumores e interrupciones) Qué duda cabe si estamos hablando de divorcio y este se contiene en una sentencia (El Sr. Alvarez Buylla: Si fuese en la sentencia, no hacía falta, porque lo dice el artículo anterior) Dice el artículo 16: "El régimen establecido, conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos" (Un Sr. Diputado: Modificado después) Yo entiendo que puede ser antes y después de la sentencia. No lo dice ahí. Y si puede ser modificado después, yo digo al Sr. Arranz que el Ministerio fiscal tiene conocimiento de los hechos, y las personas a quienes la ley permite pedir esta modificación podrán ser oídas, porque no puedo abundar en el criterio de S.S. de que sean las personas que designe la enmienda y que pasado mañana sea el juez de amparo el que pueda pedir de oficio que se modifique la situación de los hijos":

El Sr. Ossorio y Gallardo, que interviene en la discusión tras la invitación hecha por el Sr. Gomariz, tras dejar en claro que lo que se discute es la situación de los hijos después de la sentencia de divorcio, anuncia que va a presentar, en el momento adecuado, una enmienda encaminada a que los hijos del matrimonio sean siempre parte en el pleito de divorcio y tengan después del pleito una voz que hable por ellos, a ser posible una representación y una voz más interesada que la del Ministerio público, y siendo ello así, y hasta tanto llegue ese momento, se suma el criterio del Sr. Arranz para que alguien pueda hablar en nombre de los hijos en esta materia concreta a la que se refiere la enmienda discutida, pues ya se tratará de si conviene que alguien lo pueda hacer en todas:

"... Sería una grave descortesía que no recogiera la invitación amable de mi amigo y compañero Sr. Gomariz, para ratificar y ampliar los gestos y ademanes que me he permitido hacer significando que me colocaba al lado del pensamiento del Sr. Arranz.

Estamos tratando uno de los puntos más delicados del divorcio. En la legislación vigente se dice que durante el trámite del pleito, los hijos menores de tres años quedarán con la madre y los mayores con el padre. Y todos hemos tenido ocasión de observar qué tremendas dificultades, qué verdaderos dramas se han planteado a los jueces por tener que obedecer este precepto cortante de la ley. Y ahora conviene decir, en honor de la Judicatura, que ha saltado sobre el precepto muchas veces, porque se ha encontrado en la necesidad de dejar los niños menores de tres años con una madre disoluta, que los había de abandonar, o los mayores de tres años con un padre que los había de corromper o que los había de abandonar asimismo; y han acudido los Tribunales a toda clase de arbitrios para contrarrestar la dureza rigorista, rectilínea, del texto legal.

Nos encontramos ahora en la misma situación agravada, porque se está legislando sobre el destino de los hijos después de la sentencia de divorcio. Yo, desde ahora, anuncio que, aun siendo muy parco en enmiendas en ésta y en todas las leyes, me voy a permitir presentar dos y uno de ellas va a ser encaminada a que los hijos del matrimonio sean siempre parte en el pleito de divorcio, no con la representación de un poco formularia, fríasamente helada, del Ministerio público, sino por alguna otra representación más cálida, más interesada y más humana, por ejemplo: los parientes a quienes correspondería

la tutela legítima, el presidente o los vocales del Tribunal de menores, donde los haya o, en último caso, el Ministerio fiscal; pero que, desde el primer momento, los hijos estén presentes, porque de esta ley sí que se puede decir, con tanta o mayor razón que de la Hipotecaria, que es una ley de terceros, y yo no sé si estamos prestando a los hijos toda la atención, todo el esmero y toda la cordialidad que merece su desgraciada situación en caso de divorcio de los padres.

Pues bien; siendo esto así, yo me explico perfectamente la iniciativa del Sr. Arranz, porque al dictarse la sentencia de divorcio el Juez determina que se ha de hacer con los hijos; pero, ¿Y si se equivoca o si, me equivocado en aquel momento, varían las circunstancias como el artículo previene, y lo que un día fue prudente, sensato, plausible, después es peligroso para los hijos, y les daña en su salud o en sus intereses o en su educación? ¿Quién habla entonces por los hijos? porque eso de decir: "Existe el Ministerio fiscal" es una entelequia; un niño de tres años, un niño de ocho, ni de doce ni de catorce ni de dieciocho, sabe lo que es el Ministerio fiscal ni donde está; y es necesario que alguien pueda acudir al Juez en demanda de rectificación de una situación que, o fue equivocada primariamente o perdió su oportunidad y su razón de existir. Y por eso yo pediré, en el momento adecuado, a la Cámara que los hijos en el pleito y después del pleito de divorcio tenga una voz que hable por ellos. Mientras ese momento llega, y en previsión de que la Comisión sea tan dura conmigo como lo es con otros compañeros, aunque yo procuro bienquerarme con ella en fuerza de no molestar ni presentar enmiendas, me tengo que sumar al criterio del Sr. Arranz y pedir a la Cámara que, en efecto, alguien pueda hablar en nombre de los hijos en esta materia concreta; que después llegará la ocasión de que tratemos si conviene que alguien pueda hablar en todas".

En turno de rectificación interviene de nuevo en la discusión el Sr. Arranz que, entendiendo que el artículo se refiere a la situación de los hijos una vez dictada la sentencia de divorcio, explica de nuevo que con la misma se trata de determinar las personas capaces de pedir la modificación del régimen establecido en los artículos anteriores, y que si la Comisión cree que estas pueden ser otras, que lo indique y que, aceptado el espíritu de la enmienda, la de la redacción que estime oportuna:

"... Me explico ya la razón por la cual la Comisión no acepta la adición que yo he propuesto: porque la Comisión, a deducir por las palabras del Sr. Gomariz entiende que estamos tratando de la situación de los hijos mientras se sustancia el pleito de divorcio y al dictarse sentencia, y nada más. Si es así, claro que mientras se está sustanciando el pleito de divorcio pueden las partes que intervienen y el Ministerio fiscal solicitar aquellas modificaciones que aconsejen las circunstancias que allí se determinen..... (El Sr. Ossorio y Gallardo: El Ministerio fiscal no sabe nada tampoco) Es que contestó a la manifestación que se hacía por la Comisión de que intervenía el Ministerio fiscal, y recojo ese argumento para decir que eso es mientras se está sustanciando el Juicio de divorcio. Ahora bien: Yo entiendo que este artículo se refiere a la situación de los hijos con posterioridad a haberse dictado la sentencia de Divorcio y haberse fijado en la sentencia, o por mutuo acuerdo de las partes, o por la forma en que se determina en los artículos 14 y 15, en poder de quién habrán de quedar aquellos, y si surjian casos, circunstancias que aconsejaban la modificación de esa situación, una revisión de ese estado de los hijos, por las mismas circunstancias que se expresan en el proyecto en su artículo 16, es por lo que yo preguntaba y sometía a la consideración de la Comisión y de la Cámara, en esta adición, quien puede pedir esa modificación. Determinaba las personas, las que a mí me parecía natural, con arreglo a la legislación vigente. ¿Es que quiere la Comisión que sean otras? lo que no puedo hacer es dejarlo así, sin decir nada. Quiero decir que si a la Comisión le parece que deben ser además otras personas, otras entidades las que puedan pedir esa modificación, que lo indique, pero que no sea motivo para rechazar completamente la adición que yo propongo; por lo menos, que acepte su espíritu que la dé una nueva redacción, que la amplíe si tiene por conveniente. Y no tengo más que decir".

Tampoco accede la Comisión a esta propuesta del Sr. Arraz, y el Sr. Gomariz, junto a las razones por él ya expuestas y que no son conocidas, señala que, con esta adición, se rompe el criterio de la ley, que tiene un carácter sustantivo y otro objetivo, alegación que en definitiva iba a resultar esencial para la desestimación de la enmienda:

"... La Comisión no hace nunca un criterio cerrado de ninguna de sus argumentaciones, pero evita a los Sres. Arranz y Ossorio y Gallardo a que piense: 1º, que con esta adición se rompe el criterio de la ley, que tiene un carácter sustantivo y otro objetivo y, 2º, y más fundamental, a mi juicio, que hay caos, Sr. Ossorio y Sr. Arranz en los que incluso el menor puede estar en peligro y pretender que se le deposite para que su padre pierda la patria potestad, y el puede dirigirse al Juez, o cualquiera persona en su nombre. Y yo digo, ¿por qué hemos de vincular, Sres. Arranz y Ossorio y Gallardo, que en estas circunstancias anómalas de los hijos, tengan que ser personas determinadas, y no otras, para que esas personas no puedan o no quieran dirigirse al Juez en nombre de esos menores? Pues no digamos nada, Sres. Diputados; cualquier persona que conozca de esas circunstancias graves las podrá poner en conocimiento del Juez o del Tribunal de menores y el fiscal, que necesariamente tiene que intervenir en ese expediente, y los que intervengan conjuntamente con el Juez, en su día, dirán lo que proceda.

A mí, Sres. Diputados, no por un criterio restrictivo, sino por todo lo contrario, me parece peligroso dejar a determinadas personas esa facultad, para que unas por ignorancia o por dejadez, o simplemente, por olvido, impidan que si hay un vecino que conoce esa situación acuda al juez o a los Tribunales de menores y diga cual es la situación de estos hijos. Con este criterio no habría ningún particular que en nombre del menor pudiese solicitar... (Un Sr. Diputado: Está el Ministerio fiscal) Por eso, Sr. Arranz, no hay problema, porque cualquier persona en nombre del menor, o el menor por sí mismo, pueden solicitar que se vean estas circunstancias, y se habrá resuelto el problema":

En un intento por resolver el problema que se discute, el Sr. Sánchez Román, que parte del hecho de que la ley supone que los hijos queden en poder del cónyuge inocente y solo por causas del enorme conveniencia para los hijos el Juez podrá determinar otro régimen, lo mismo que en la sentencia que después de pronunciada ésta, llegando incluso a decir que el Juez podrá proveer de tutor a los hijos, señala que si la ley hace un llamamiento a la Constitución de la tutela, y en la ley común está perfectamente determinado quienes pueden promover la constitución de la tutela, estas mismas personas, cuando sobrevenga el caso excepcional de que los hijos estén mal en poder del padre a quien se los dejó el Juez, y que el otro cónyuge por su calidad de culpable, no merezca tenerlos, serán las que podrán venir en virtud de la personalidad que les da la ley común a solicitar la modificación del régimen ordinario, salvando así el peligro que supone el dar personalidad en la ley de divorcio a una porción de personas que lo mejor que pueden hacer en estos pleitos matrimoniales es meterse lo menos posible:

"... Solamente para hacer una indicación que me parece que resuelve completamente el problema que aquí se está discutiendo.

Supone la ley que los hijos quedan en poder de un cónyuge, el inocente, cuando haya uno que no sea culpable, y que sólo por causas de enorme conveniencia para los hijos, el juez podrá determinar otro régimen, lo mismo en la sentencia que después de pronunciada ésta. Incluso llega a decir la ley que el juez podrá proveer de tutor a los hijos cuyos padres se divorciaron.

Pues bien, no hay que inquietarse; si la misma ley hace un llamamiento a la constitución de la tutela, en la ley común está perfectamente determinado quienes pueden promover la constitución de la tutela, y allí está ampliamente hecha la determinación de esas personas, que, en caso verdaderamente excepcional, tendrán que preocuparse de que el juez provea un régimen especial distinto del que es ordinario en estas situaciones de divorcio. Por consiguiente, el peligro que considera el autor de la enmienda y el ilustre compañero Sr. Ossorio y Gallardo es más ficticio que real, y, en cambio, la fórmula de solución que ellos proponen tiene, desde luego, un peligro concreto que conviene señalar. Es el siguiente: dar personalidad directa en la ley de divorcio a una porción de personas que lo mejor que pueden hacer en estos pleitos matrimoniales es meterse lo menos posible.

Una ley que hiciera imprudentemente un llamamiento a parientes de este grado o del otro para que vinieran a fiscalizar lo que ocurre en estas controversias matrimoniales, sería siempre una grave perturbación, en mi concepto, y sólo cuando sobrevenga el caso excepcional de que los hijos estén mal en poder del padre a quien se los dejó el juez, y que el otro cónyuge, por su calidad de culpable, no merezca tenerlos, será cuando aquellas personas, que según la ley tienen personalidad e interés legítimo en promover la intervención de los órganos de la Justicia para constituir la tutela a la que alude este artículo de la ley de divorcio, podrán venir no en virtud de una personalidad dada en esta ley especial, sino en virtud de la personalidad que les da la ley común, el Código civil.

Por consiguiente, no hay problema y no debe suscitarse. Y sí, en cambio, aprovecho el estar en el uso de la palabra para decirle a la Comisión que encuentro en esta redacción del artículo 16 un término quizá algo impropio. Dice el artículo 16 que "el régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado", etc., y dicho así se puede suscitar la duda de si el juez, en la sentencia, puede ya alterar las normas de los artículos anteriores, o si es necesario que el juez dicte la sentencia con arreglo al régimen ordinario, porque este artículo se refiere sólo al tiempo posterior a la sentencia dictada, cuando surja un acontecimiento nuevo que modifique sustancialmente la situación anterior. Pues bien, eso se evitaría a mi juicio, diciendo: "El régimen "prevenido" en los dos artículos anteriores podrá ser modificado en virtud de causas", etc.":

Esta teoría parte, sin embargo, de un supuesto erróneo al excluir al cónyuge culpable de la custodia de los hijos y, como había de señalar el Sr. Ossorio y Gallardo, de lo que se trata es de modificar este régimen cuando los hijos están en poder de uno de los padres y se presenta con posterioridad la necesidad, o de nombrar el tutor que antes no se nombró, o de entregar los hijos al otro cónyuge, sea o no culpable, habiendo de decir quién puede dirigirse al juez para decirle que las circunstancias han variado, y que si la Comisión cree que no deben limitarse las personas, dígame un concepto amplio, así "la persona a quien correspondía su amparo legal", u otro término tan comprensivo como la Comisión quiera:

"... Acaso, Sres. Diputados, yo no aceté antes a explicarme con claridad sobre un punto que de momento en momento reputé más delicado. Dice este artículo que el juez, en los casos en que sean culpables los dos cónyuges o en que no lo sea ninguno, decidirá en porder de cuál de los dos han de quedar los hijos o los mandará proveer de tutor. Si los manda proveer de tutor, tiene razón el Sr. Sánchez Román: no hay problema; el tutor se cuidará de ellos. Pero el Sr. Arranz y yo aludíamos a otro caso: a aquel en que el juez, sin tener que nombrar tutor, ha entregado los hijos, por ejemplo, a la madre, con gran acierto, porque era una santa y bondadosa mujer; pero en el curso del tiempo aquella mujer se corrompe y surge la necesidad de nombrar tutor (El Sr. Sánchez Román pronuncia palabras que no se perciben) No, porque está el padre. (El Sr. Sánchez Román: ¡Si el padre es culpable!) A eso estamos aludiendo: o son culpables los dos o no es culpable ninguno; pero de todas maneras el juez ha visto en el momento de sentenciar la convivencia de entregar los hijos al uno, lo cual no quiere decir que no pudieran ser entregados al otro, sino que en aquel instante el juez estimaba aquello lo mejor. Pues, repito, si las circunstancias varían y no ha llegado el caso de nombrar tutor, puede presentarse al juez la necesidad, o de nombrar tutor que antes no nombró, o de entregar los hijos al otro cónyuge, que era tan inocente o tan culpable como él. Y el Sr. Arranz y yo preguntamos: y eso ¿quién lo pide? Y en nombre de esos niños ¿quién aboga? ¿No parece bien limitar las personas? Pues dígame un concepto amplio: "la persona a quien correspondía su amparo legal"; un término tan comprensivo como la Comisión quiera. El caso es que alguien, pueda con pleno derecho acudir al Tribunal o decir: "Sr. Juez, las circunstancias han variado: llamo la atención de su señoría sobre que estos hijos podrían estar mejor de tal o cuál manera"; brindando al juez la manera de interponer su alto ministerio. A esto se reduce nuestra pretensión":

El Sr. Gomariz cree que lo señalado por el Sr. Ossorio y Gallardo está ya en el espíritu del precepto y, para evitar torcidas interpretaciones, admite que no estaría de más ponerlo, estando conforme igualmente con la indicación del Sr. Sánchez Román en cuanto a la sustitución de las palabras que se señalaban por aquél:

"... Parece que la Comisión, ya en las postrimerías de este largo debate, no tendría en ninguna forma inconveniente en admitir la sustitución de la palabra que indicaba el Sr. Sánchez Román, que, en efecto, daba interpretación más amplia y fidedigna de lo que es este artículo de la ley de divorcio en este aspecto, y por lo que se refiere al Sr. Ossorio, no hace más que abundar en mi criterio ante la idea de que esta madre, con posterioridad a su intuición de inocencia, quiera prostituir al hijo que tiene en su poder; si el hijo no tuviese más amparo para pedir que se le confiara a otra persona, en ese caso yo creo que cualquiera de las que la ley llama, cualquiera a quien corresponda el amparo del menor, puede denunciar el caso ante el Tribunal de Menores. Yo no tengo inconveniente en admitir esta terminología y acudir, naturalmente, a que se denuncie el delito por quien corresponda. Pero insisto, Sr. Ossorio y Gallardo, en que esto ya estaba en el espíritu del precepto. Ahora bien, para evitar torcidas interpretaciones, y sobre todo pleitos, no estaría de más ponerlo":

El Sr. Ossorio y Gallardo: Muchas gracias":

Suspendida en este punto la discusión, e iniciada de nuevo en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, habiéndose reunido la Comisión en la noche anterior se consideró por la misma, y así lo expone a la Cámara el Sr. Salazar Alonso, que no se podía aceptar ni siquiera el espíritu de la enmienda, pues ello supondría romper el sistema de la ley, que es fijar en la sección que se está discutiendo los principios, la parte sustantiva, y agrupar después, en una sección que a ello destina, todo cuanto trate de procedimiento:

"... Sres. Diputados, cuando ayer se hizo punto en la discusión del dictamen sobre el divorcio, quedamos en recoger el espíritu, tanto de la enmienda de D. Gregorio Arranz, como de las palabras que había pronunciado el Sr. Ossorio y Gallardo. La Comisión, reunida anoche, estimó que no podía aceptar en este artículo ni siquiera el espíritu de la enmienda, porque no quiere romper el sistema de la ley, que es fijar en la sección que estamos discutiendo los principios, la parte sustantiva, y agrupar después, en una sección que a ello se destina, cuando de procedimiento trate. Influyó en la Comisión la enmienda del Sr. Arranz y también las palabras del Sr. Ossorio y Gallardo; pero estima que al discutirse el procedimiento, al determinar quiénes serán parte en estos juicios, cabrá hacer las aclaraciones que se piden para que no haya duda acerca de si queda terminado el pleito de divorcio y, por lo tanto, el fiscal ya no tiene cualidad de parte en sus incidencias posteriores, porque es esfera nueva, o si dicha cualidad de parte se amplía para que siga protegiendo a los hijos, que es lo que entiendo que, en definitiva, piden los Sres. Diputados. Yo estimaré mucho al Sr. Arranz que, para mantener el sistema legislativo y seguir la discusión, se avenga S.S. a reproducir su enmienda en el momento oportuno, dentro de la sección que trata del procedimiento y de los efectos del divorcio para los hijos":

El Sr. Martínez Moya, que en la sesión celebrada la noche anterior quedó en minoría absoluta respecto de la admisión de la enmienda, estima que la razón alegada por la Comisión de que se rompía la línea del proyecto, trastocando un precepto que podía pasar a la sección relativa al procedimiento, y que no correspondía a la parte sustantiva, está desvirtuada por el mismo proyecto que poco después establece precepto semejante en caso de segundas nupcias del cónyuge, debiéndose, en su opinión, graduar las personas que tendrían derecho a solicitar estas modificaciones, que a su juicio, no pueden ser otras que el otro progenitor, los abuelos y los hermanos de doble vínculo mayores de edad y, en su defecto, el Ministerio fiscal que, en su caso, podría recoger los informes de otras personas para elevar al juez una petición en tal sentido:

"... Sres. Diputados, como consecuencia de la discusión planteada anoche en la Comisión de Justicia, quedé yo en minoría absoluta respecto de la admisión de esta enmienda. Los razonamientos expuestos en el seno de la Comisión creo que no son procedentes, y no lo son, porque estaría bien afirmar que se rompe con esta enmienda todo el sistema legislativo en que se inspira la ley sobre el divorcio y que debería llevarse a las partes relativas al procedimiento, si dentro de la misma ley, en la misma sección y tres artículos después de éste, no se dijera, como se dice de un modo categórico, que podrá cambiar esa situación jurídica de los hijos que hubiesen quedado en poder de uno de los cónyuges, en caso de

segundas nupcias, a petición de partes. Luego el hecho de que en la misma Sección la Comisión jurídica asesora, interpretando las líneas directrices de la ley, haya establecido preceptos que son de índole exactamente igual que los que esta enmienda contiene, me hace a mí sostener esta enmienda y creer que es absolutamente procedente en este lugar.

Es un problema muy interesante el que se refiere a la situación en que han de quedar los hijos, a las posibilidades de actuar el Juzgado en estos momentos, y en consonancia con un voto particular que a ese artículo, que está tres números después que este que discutimos, tengo presentado, relativo a qué personas se consideran como partes legítimas para intervenir en estos asuntos, yo estimo que esta enmienda es perfectamente admisible y que debe, además, graduarse qué personas son las que tienen derecho a solicitar esas modificaciones. Estas personas, a mi juicio, no pueden ser más que el otro padre (así lo digo, pero he de modificar la redacción para que no se preste a una interpretación un poco caprichosa, y para evitarlo puede decirse "el otro progenitor"), los abuelos y los hermanos del doble vínculo mayores de edad, y, en su defecto, el Ministerio fiscal. Porque no sería conveniente que en problemas tan interesantes como los que afectan a la tranquilidad de una familia, cualquier persona se considerase como parte legítima para perturbar la paz de un hogar, dando entrada en los Juzgados a chismes de vecindad y a cuentos de portera. Es necesario que esto se pase por un tamiz conveniente: si cree necesario intervenir una persona que no esté ligada a los menores por vínculos tan estrechos de parentesco como son los de padre o madre de los mismos, abuelo paterno o materno, o hermano de doble vínculo, mayor de edad, puede concederse intervención a esa persona, incluso aunque sea extraña a la familia, pero no dándole el derecho de que acuda directa e inmediatamente al juez, sino al Ministerio fiscal, que ponga en su conocimiento los hechos que, a su juicio, puedan perturbar la tranquilidad de esos menores y que el Ministerio fiscal recoja los informes que estime convenientes; y si se eleva al Juzgado una petición por el Ministerio fiscal, innegablemente irá ya con el aval de una autoridad, con el prestigio de una institución, de un organismo que tiene extraordinaria, para que el Juzgado determine.

No olvidemos (aun cuando anoche se apuntaba en la Comisión de Justicia que este es asunto para no tratarlo) que hay también una cuestión muy circunstancial y que, aunque parezca secundaria, tiene importancia: que en España la administración de Justicia no es gratuita y cualquiera intervención de un extraño acudiendo al Juez para formular una queja respecto de unos menores, daría lugar a un incidente, incidente que si el vecino era insolvente o no tenía medios para pagar, el padre o la madre que hubiese obrado legítimamente al amparo de la ley tendría que oponerse a ello; el secretario judicial y la representación judicial devengarían derechos y el papel timbrado seguiría gastándose; y es exponer a un padre o a una madre, contra quien no pueden alegarse motivos para afirmar que ha infringido sus deberes, a que el capricho, la veleidad o el ánimo persecutorio de un vecino que le tenga malquerencia planteen continua y reiteradamente estos incidentes. Por eso soy partidario de la adopción de esta enmienda, dosificando de un modo perfecto las personas que pueden intervenir, que, a mi juicio, no pueden ser más que el otro progenitor de los menores a que se refiere, sus abuelos o hermanos de doble vínculo mayores de edad y, en su defecto, el Ministerio fiscal.

En tal sentido, tuve el honor de sostener, en minoría absoluta, en la Comisión de Justicia, la procedencia de esta enmienda y la razón alegada por mi compañero Sr. Salazar Alonso de que se rompía la línea del proyecto, trastocando un precepto que podía pasar a la sección relativa al procedimiento, y que correspondía a la parte sustantiva, a mi juicio, está desvirtuada por el mismo proyecto, que tres artículos más tarde establece precepto semejante en caso de segundas nupcias del cónyuge.

Estas son las razones por que creo admisible, en mi modesta opinión, la enmienda, que considero de un alto valor moral, suscrita por el Sr. Arranz y otros Sres. Diputados:

Para el Sr. Arranz tampoco se trata única y exclusivamente de una cuestión de procedimiento, sino de una cuestión fundamental, pues, para el Sr. Arranz, se trata de la concesión de un derecho, del ejercicio de una acción, mientras que será de procedimiento el regular esa acción,



no el determinar qué personas pueden ejercitarla, quiénes pueden pedir esa modificación de la situación de los hijos, quién tiene acción; quedará para el procedimiento la forma cómo se ha de llevar a efecto esa modificación, pero es esencial que se determine quiénes pueden solicitarlo:

"... Para molestar muy brevemente la atención de los Sres. Diputados. No he de insistir en los razonamientos que tuve el honor de hacer ayer ante la Cámara al defender mi enmienda y, sobre todo, no he de dar a mis palabras gran extensión después de las elocuentes y razonadas que ha pronunciado el distinguido miembro de la Comisión Sr. Martínez Moya.

He de contestar al Sr. Presidente de la Comisión, mi querido amigo el Sr. Salazar Alonso, que no se trata de una cuestión de procedimiento exclusivamente, sino de una cuestión fundamental: de la concesión de un derecho, del ejercicio de una acción; y será de procedimiento el regular esa acción, pero no el determinar qué personas puede ejercitarla.

En cuanto a lo demás, para que los Sres. Diputados que no estuvieran presentes en la discusión de ayer puedan formar un juicio exacto de este asunto y emitir su voto en el sentido que tengan por conveniente, pero con conocimiento perfecto de causa, les diré que se trata de lo siguiente: al dictarse sentencia de divorcio pueden quedar los hijos en poder de uno de los cónyuges (el que determine la sentencia o aquel que de mutuo acuerdo ellos señalen) o en poder de un tercero; pero después pueden sobrevenir causas y circunstancias que aconsejen y determinen la modificación de esa situación en que hayan quedado los hijos. La Comisión dice que puede modificarse esa situación, y nosotros tratamos de determinar qué personas, quiénes pueden pedir esa modificación de la situación de los hijos, quién tiene acción, quién tiene derecho para pedir esa modificación. Podrá quedar para el procedimiento cómo se ha de llevar a efecto esa modificación; pero yo entiendo que es sustancial que se determine quiénes pueden solicitarlo".

En votación ordinaria fue en definitiva rechazada esta enmienda por 89 votos contra 39, aprobándose a continuación el artículo 16 del dictamen (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Arranz: Cfr. Diario de Sesiones, tomo VI, p. 3855-3858 y 3871-3872).

(885) "... Que no es procedente examinar las cuestiones referentes a la situación sobre los hijos del matrimonio divorciado y a la de alimentos, que se plantean en el recurso de mérito, ya que conforme a reiterada y copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo, los pronunciamientos que, sobre aquellos particulares, se consignan en los fallos de instancia no revisten carácter definitivo, a los efectos de la revisión, sino meramente provisional y transitorio susceptibles de ser modificado por el Juez instructor, en ejecución de sentencia, especialmente cuando la causa de divorcio es la del número doce de las que la Ley señala, y pueden, los cónyuges, con arreglo al artículo 16 de la misma, acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad": Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 775-:

Si la separación de personas y bienes se hubiere decretado por la causa número 3ª del artículo 36 de la Ley de Divorcio, en este caso, al igual que sucede con la causa duodécima, los cónyuges podrán acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad, acuerdo que necesitará igualmente la aprobación judicial; a falta de acuerdo, habrá que estar, de igual modo, al tratarse de una causa de separación "sine culpa", a lo que se dirá en la regla 4ª.

(886) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1616-: Demanda la esposa alegando las causas 1ª y 4ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio en relación con el número 2º del artículo 36 de la misma y, decretada la separación de los cónyuges por la citada causa 1ª, se interponen, por ambos cónyuges litigantes, sendos recursos de revisión por injusticia notoria del fallo de instancia, la esposa demandante por no haberse apreciado la causa 4ª y el marido demandado por cuanto en el fallo se ordenó que la hija del matrimonio quedara en poder de la madre como cónyuge inocente; el Tribunal Supremo estima el recurso de la esposa, dando lugar a la separación por la causa 4ª, y a continuación desestima el del marido porque, si bien el Tribunal de instancia, conforme al artículo 16 de dicha Ley, debió dejar a resolver tal cuestión de los hijos entre los cónyuges,

siendo clara la voluntad de la mujer de tener consigo a su hija, la amparaba el artículo 17 de la misma según el cual, a falta de acuerdo, quedará con ella por ser la cónyuge inocente y, además, porque al estimarse ahora que debe darse lugar también a la separación por la causa 4ª, ya no cabe aplicar aquel precepto, sino que debe acordarse que la hija quede al cuidado y en compañía de su madre:

"... Que en cuanto al segundo punto de discusión, osea el referente a determinar con cual de los cónyuges debe quedar la hija del matrimonio hay que reconocer que en virtud de lo que dispone el artículo 16 de la citada ley, teniendo en cuenta la causa estimada en la sentencia para dar lugar a la separación, en lugar de hacer el pronunciamiento que se hizo de que quede en poder de la madre, debió dejarse la cuestión a resolver entre los cónyuges; pero este respecto al precepto escrito de la ley, en el caso presente no hubiera modificado lo que la Sala sentenciadora ordenó, porque siendo bien clara y manifiesta la claridad de la madre de tener consigo a su hija, ya sea porque el marido prestara su conformidad, o porque oponiéndose la amparaba el artículo 17 a que, a falta de acuerdo, quedara con ella por ser la cónyuge inocente, es lo cierto que por distintos caminos siempre se llegaría al mismo resultado, de todo lo cual se desprende que si pudo haber una leve infracción de carácter puramente formal, no merece que sea elevada a la categoría de injusticia notoria que motive la procedencia del recurso; aparte de que aunque así fuera tampoco tendría eficacia y finalidad práctica en este caso; porque si acordada la separación con arreglo a la causa 1ª del artículo 3º, es cierto que debe seguirse el procedimiento que señala el artículo 16 al estimarse ahora que debe darse lugar también por la causa 4ª a la separación ya no cabe aplicar aquel precepto, sino que debe acordarse que la tan repetida hija quede al cuidado y en compañía de su madre".

(887) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 1553-: Habiéndose decretado el divorcio de los cónyuges por la causa 7ª del artículo 3º de la Ley de Divorcio, alegada por la esposa demandante contra su marido, se interpone por este recurso de revisión por injusticia notoria del fallo de instancia, impugnando el acuerdo de la audiencia sobre entrega de los hijos del matrimonio a la madre, siendo un recurso desestimado por el Tribunal Supremo porque, estimada la causa 7ª como causa del divorcio solicitado por la esposa, procedió el Tribunal de instancia con arreglo a derecho al decretar que los hijos del matrimonio quedasen en poder de la madre, por no ser de aplicación al caso el artículo 17 de la citada ley, que está en relación de dependencia con el 16 y carece de aplicación, por tanto, en el caso de autos en que se estimó la causa 7ª:

"... Que el motivo 3º, y el último, dedicado a impugnar el acuerdo de la audiencia sobre entrega de los hijos del matrimonio a la madre, tampoco tiene eficacia alguna, ya que es indudable que el precepto que se invoca del artículo 17, autorizando en algún supuesto al Tribunal para acordar en poder de cual de los padres han de quedar los hijos, está en relación de dependencia con el artículo 16 y carece de aplicación al caso de estos autos, en el cual, estimada la causa 7ª del artículo 3º de la misma ley de divorcio, procedió el Tribunal con arreglo a derecho al decretar que quedasen los hijos en poder del cónyuge inocente".

(888) Una enmienda de la Srta. Campoamor proponía la inclusión entre los artículos 16 y 17 del dictamen de un nuevo artículo de este tenor:

"En todos los casos en que se invoque como causa de divorcio hechos que sean de la competencia del Tribunal tutelar de menores, así como en los casos de urgencia del artículo 54, será de la competencia del Juez tutelar examinar el caso y decidir con las mismas atribuciones conferidas al juez de instancia en poder de que cónyuge han de quedar los hijos" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice V al NUM. 115):

Leída por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, la Srta. Campoamor, en defensa de la misma, alude a la función tutelar que tiene atribuida los tribunales tutelares de menores, función que no se les puede arrebatar por venirles determinada por un Decreto de 8 de Mayo de 1926 que resolvió una cuestión de competencia entre los tribunales ordinario y los de menores a favor de estos respecto al depósito de los hijos en los casos

de malos ejemplos o de abandono del menor:

"... Sres. Diputados, el objeto de la inclusión de este artículo en la ley de divorcio es evitar a la Comisión y al parlamento el cometer un error, si acaso no fuera premeditada la exclusión de la idea que se defiende en este artículo. Como es sabido, desde hace años se recogió en España el espíritu que informa las leyes y Tribunales tutelares de menores. A estos Tribunales, para desenvolver aquel principio que se ha concretado en la frase de "sacar al menor del Código penal", se les atribuyó el conocimiento de los hechos considerados criminosos, realizados por menores y hasta entonces enfocados por el Código penal, para apartar de ellos no sólo una condena, sino todo lo que supone la consecuencia de esta delincuencia; y al atribuir a los Tribunales tutelares esta facultad, se les atribuyó también una función que es complementaria de aquella: la función tutelar. Esta función tutelar de los Tribunales de menores, que rigen en toda España, tiene por finalidad proveer a la Tutela del menor, quitando la guarda y custodia al padre o a la madre que le tuvieran bajo su potestad y entregándose al otro cónyuge, bien designándosele un tutor, o ejerciendo el Tribunal tutelar esta misma función en favor del menor, cuando ninguno de los dos padres tuviere, por sus hechos, capacidad u ofreciera garantías para desempeñarla. De acuerdo con esta teoría, llegase a plantear una cuestión de competencia entre los Tribunales ordinarios y los de menores, respecto al depósito de los hijos en los casos de malos ejemplos o de abandono del menor, y esta competencia se resolvió por un decreto de 8 de Mayo de 1926, dando, con carácter general, la preferencia al Tribunal tutelar de menores en el depósito de los hijos, cuando se tratara de causa de abandono o de malos ejemplos. De aquí, por tanto, el propósito que persigo con esta enmienda: Propone que, tanto en las causas de competencia del Tribunal de menores para el depósito de los hijos, como en los casos de urgencia que se refiere el artículo 54, sea el Juez tutelar de menores el que tenga esta atribución y no al juez civil, único a que se alude en el proyecto; porque de lo contrario volvería a suscitarse la dualidad que antaño tuvo que resolver aquella competencia y el Tribunal de menores vería completamente mutilada su facultad tuitiva; no habría manera de ejercer en muchos casos el amparo del menor y surgirían, además, contiendas entre la competencia del Juez de instancia y la del Tribunal tutelar, que podría carecer de ella si se le negara en la ley, como carecía antes del derecho a que me he referido, de ocho de mayo de 1926. Por lo tanto, el Tribunal tutelar puede estar privado, en derecho, de la facultad de actuar; pero no puede carecer del deber de intervenir en los casos en que se trate de tutelar a un menor.

Quiero, por consiguiente, llamar la atención de la Comisión, para que si rechaza esta enmienda o la desecha la Cámara, al menos no deje de oírse aquí una voz que advierta cuales van a ser, en lo sucesivo, las dualidades y competencias y la merma injustificada en las atribuciones del Tribunal tutelar de menores, que requiere aún mas pleno desenvolvimiento si se siguen las normas con arreglo a las cuales estos Tribunales actúan en países extranjeros, donde les está encomendada toda la función tuitiva cuando se trata de suspender a uno de los progenitores en esta función por abandono o por malos tratos o cuando se trata de suplir aquella acción que habría de realizar el padre o un tutor con todo el complicado rodaje del consejo de familia, y que, como es sabido por los Juristas que en la Cámara toman asiento, sólo se prevee a su constitución cuando hay bienes que guardar o que discutir; pero cuando la función tuitiva está indicada para proteger a un menor pobre, para velar por él en su abandono y para velar por su educación, todos los oportunos expedientes, no tendrán jamás realidad, porque es evidente que no puede arrastrarse a un número determinado de personas a que actúen en un consejo de familia sin mas interés que el de velar por una criatura. Esta fue la razón por la cual se admitió en un principio la acción tutelar del Tribunal de menores.

No quiero extenderme en defender este nuevo artículo porque me parecería abusar de la atención de la Cámara, y espero que la Comisión se sirva decirme si acepta o no esta enmienda que acabo de apoyar".

Con razón, el Sr. Gomariz en nombre de la Comisión, se opone a la admisión de esta enmienda por entender que son cosas total y absolutamente distintas la intervención de los Tribunales

tutelares de menores para tutelar a aquellos hijos que sean objeto de malos tratos del matrimonio con absoluto criterio de independencia con relación al divorcio, y la regulación de la situación jurídica de los hijos emanada de una sentencia de divorcio siendo inadmisibles querer interpolar en el procedimiento puramente judicial de divorcio la intervención de los Tribunales Tutelares de menores:

"... La Comisión lamenta no poder admitir la enmienda defendida por la Srta. Campoamor y espera por una vez que convencida de las razones que nos asisten (que ayo adelante que no van contra el Tribunal Tutelar de menores, como la Srta. Campoamor me atribuye), retire esta enmienda, que no es necesaria ni tiene razón de ser en el nuevo artículo en que quiere sea colocada.

En efecto, la sección segunda de este proyecto regula la situación de los hijos con respecto a un matrimonio que se va a disolver o que se puede disolver con motivo de un procedimiento de divorcio, en que conoce el juez de los antecedentes de este procedimiento, vive el procedimiento, y al aplicar la sanción que da lugar al divorcio, determina, con el conocimiento de esta causa, cual ha de ser la situación en que deben quedar los hijos por los preceptos mismo de la propia ley. A nosotros nos parece que el Tribunal Tutelar de menores, con la misión que apunta la Srta. Campoamor, tiene una misión más amplia, si se quiere, pero total y absolutamente distinta de la que hace referencia la ley de divorcio. Podrá el Tribunal Tutelar en todo momento, o el juez único de menores, cuando sea esto una realidad, intervenir para tutelar aquellos hijos que sean objeto de malos tratos del matrimonio, con absoluto criterio de independencia con relación al divorcio; pero este Tribunal tutelar de niños no tiene nada que ver con la regulación de aquella situación jurídica que, emanada de la causa de divorcio, determine la situación de hecho. Son cosas total y absolutamente distintas. ¿Que duda cabe Srta. Campoamor! el Tribunal Tutelar de menores tendrá siempre por encima de esta legislación que atender a tutelar a los hijos, porque esa es su misión; pero de esto a interponer en el procedimiento puramente judicial del divorcio la intervención de los Tribunales tutelares de menores, hay una gran diferencia, que nos parece totalmente inadmisibles.

La Comisión, con esto, cree haber demostrado modestamente que no puede aceptar la enmienda":

Contra estas razones de la Comisión, señala la Srta. Campoamor que cuando se decidió la competencia por el decreto de 8 de Mayo de 1926 se hizo precisamente por causa de divorcio, pues lo que se pretendía y se declaraba es que cuando existan menores en un matrimonio que está en trance de divorcio, y sean objeto de malos ejemplos o tratos, decline el juez de instancia en favor del Tribunal de menores, por la sencilla razón de que en estos casos el menor ha de estar siempre velado y tutelado en forma mas o menos directa por el Tribunal de menores:

"... Simplemente para manifestar mi asombro ante las razones del Sr. Gómáriz y atribuir esta opinión nada más a que, interesado y atraído por los múltiples aspectos jurídicos de su profesión, no se ha asomado jamás a la función tutelar del tribunal de menores. Además, he de lamentar profundamente que no estén hoy en la Cámara -si estuvieran los requeriría- los Sres. Jiménez de Asúa y Ruiz Funes, para que dijeran al Sr. Gómáriz como la función del Tribunal Tutelar de menores no puede estar ausente jamás de tutelar a los menores cuando los padres les hacen víctimas de malos tratos.

¿Que nada tiene que ver este hecho con el procedimiento de divorcio! no comprendo como el Sr. Gómáriz sostiene que no tiene nada que ver, y ante esas razones no puedo menos de asombrarme, porque cuando se decidió la competencia por el decreto del 26, se hizo precisamente por causa de divorcio; es decir, que lo que se pretendía y se declaraba es que en cuanto existan menores en un matrimonio que está en trances de divorcio, y sean objetos de malos ejemplos o tratos, decline el juez de instancia en favor del Tribunal de menores, por la sencilla razón de que todo menor, al cual uno de los progenitores da un mal ejemplo o ha abandonado, que es una de las causas de divorcio, ha de estar siempre velado y tutelado en forma mas o menos directa por el Tribunal de menores. No insisto, repito, en esta enmienda, porque no voy a mantener un pugilato con la Comisión; lo que hago, simplemente, es dejar a la Comisión y a la Cámara la responsabilidad absoluta

de todo lo que pueda desprenderse de este hecho absurdo, de arrebatar a los Tribunales Tutelares de menores una función que tiene determinada por un decreto, que resolvió una competencia, después de competencias muy arduas y muy duras en esta materia, en cuanto se trataba, no ya de depósito, no ya de abandono, no ya de malos tratos, sino de causa de divorcio en el que había menores que habían sufrido directa o indirectamente los resultados de este hecho":

El Sr. Gomariz mantiene su oposición a esta enmienda por no tener nada que ver la misión tutelar que sigue reconociendo la Ley y que no negará jamás a los organismos tutelares, con la relación de causa a efecto que da el divorcio a la situación en que hayan quedado los hijos con posterioridad a la sentencia:

"... Comprenderá la Cámara qué razones, no precisamente jurídicas, me vedan asombrarme de los razonamientos que usaba la Srta. Campoamor y que yo recuerdo haber leído en alguno de los trabajos de la Srta. Huici (La Srta. Campoamor: Yo no necesito copiar de nadie) esta cita que yo hacía era simplemente para demostrar que no me asomaba por primera vez a esta cuestión, sino que la conocía en la modesta medida de mi esfuerzo intelectual.

Mantengo, Sres. Diputados, y mantiene la Comisión el criterio sustentado anteriormente, y espero que los Sres. Diputados vean que, aparte la bella disertación de la Srta. Campoamor no tiene nada que ver en absoluto esta misión tutelar que sigue reconociendo la ley y que no negará jamás a los organismos tutelares, ya sean tribunales colegiados, ya jueces, con esta relación la causa a efecto que da el divorcio a la situación en que han quedado los hijos con posterioridad a la sentencia. Son cosas total y absolutamente distintas.

La Srta. Campoamor nos ha hecho una vez más alarde de cultura pero la cultura, la eficacia y el momento no son cosas que suelen compaginarse fácilmente":

En votación ordinaria, no fue tomada en consideración esta enmienda de la Srta. Campoamor (Discusión de la enmienda suscrita por la Srta. Campoamor: Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3873-3874): Como puede verse, la Srta. Campoamor señalaba la atribución de competencia de los tribunales tutelares de menores cuando el matrimonio está en trance de divorcio y existan menores de edad que fueran objeto de malos ejemplos o tratos o en los casos de urgencia del artículo 54 del dictamen -artículo 58 de la Ley de divorcio-, competencia que los artículos 41 y 53 del dictamen -artículos 44 y 58, respectivamente, de la Ley de divorcio- atribuyen al juez de primera instancia instructor del proceso, en cuyo caso podía admitirse este desdoblamiento de competencias propugnado por la Srta. Campoamor, con independencia de la conveniencia o no de separar en este caso de la competencia del Juez ordinario estas atribuciones con relación a la situación de los hijos del matrimonio una vez admitida la demanda de divorcio o separación, y teniendo en cuenta que todavía no hay prueba cumplida de la certeza de los hechos imputados en la demanda, mas, con razón, señalaba el Sr. Gomariz en su impugnación de la enmienda que la regulación de la situación jurídica de los hijos emanada de una sentencia de divorcio o separación, no ya durante la sustanciación del proyecto, era competencia del juez instructor y para cuya resolución había de atenderse a las normas de la Ley de divorcio.

(889) Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1640-.

(890) "... Que por lo que se refiere al tercero y último motivo del recurso se halla por su propia naturaleza fuera del ámbito del mismo, ya que, en primer lugar, no cabe infringir el artículo 16 de la Ley de Divorcio en una sentencia que reconoce la existencia de una causa que no es ninguna de las que el mencionado precepto legal enumera para que pueda hacerse aplicación del mismo; el 17, porque es inspirador del mismo criterio que se aplica en la sentencia de entrega de los hijos del matrimonio al cónyuge inocente, facultando al Tribunal sentenciador para hacer declaración sobre el particular, como se desprende claramente del segundo párrafo de dicho artículo, y el 18, porque relacionado con el 44 de la misma Ley, pone de manifiesto que se trata de acuerdos que no pueden merecer el concepto definitivo, sino que, tramitados en piezas separadas los diferentes particulares que la Ley encomienda a la vigilancia y resolución del Juez en cada momento, y de acuerdo con las medidas que las circunstancias aconsejan en cada caso concreto, a ellos hay que atenderse, dictando el juez aquellas resoluciones que estime conducentes al mejor cumplimiento de la Ley en las respectivas piezas separadas, contra

las cuales podrán recurrir los interesados que se crean perjudicados ante el Tribunal superior jerárquico, y por consiguiente en aquellos procedimientos en donde se habrá de decidir lo que se debe hacer en cada uno de estos particulares, ajenos como ya queda dicho a la esfera peculiar de recurso de revisión": Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1932.-Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1821.-

(891) Artículo 21 del proyecto de ley de divorcio y 18 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Un voto particular del Sr. Fernández Clérigo al artículo 18 del dictamen proponía la siguiente redacción del mismo:

"Aquél de los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrán sobre ellos la patria potestad y, por consiguiente, su representación y el usufructo y administración de los bienes, conforme a lo que disponga la legislación civil.

El párrafo segundo de este artículo puede continuar redactado como está en el proyecto" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108):

Leído por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, fué rechazado por la Cámara, siendo aprobado a continuación el artículo 18 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones Tomo VI, p. 3875).

(892) Disponía el artículo 20 del Proyecto de Ley de divorcio: "El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, salvo que hubiese sido declarado culpable del divorcio fundado en las causas tercera y quinta" -la causa 5ª del proyecto de ley de divorcio corresponde con las 4ª del dictamen y de la ley-. A su vez, el artículo 17 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el Proyecto de ley de divorcio disponía: "El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiera sido declarado culpable del divorcio, fundado en las causas 3ª, 4ª, 6ª y 7ª. En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial":

Una enmienda del Sr. Arranz proponía, a su vez, la siguiente redacción de este artículo 17 del dictamen de la Comisión permanente de justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiera sido declarado culpable del divorcio, fundado en las causas 3ª, 4ª o 13ª o en el atentado contra la vida de los hijos del matrimonio.

En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice V al NUM. 110):

Leído por segunda vez en la sesión del 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, la Comisión acepta la enmienda del Sr. Arranz, con la salvedad respecto de la causa 3ª, que se refiere a la enajenación mental, por considerarla innecesaria, puesto que es innegable, según diría el Sr. Martínez Moya, que no puede recobrase la Patria Potestad por un demente, que está sometido a tutela, aceptándose por el Sr. Arranz esta modificación, y aprobándose a continuación por la Cámara este artículo 17 del dictamen según la redacción dada por la Comisión y la enmienda escrita por el Sr. Arranz (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3874-3875).

(893) Artículo 22 del proyecto de ley de divorcio y 19 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de Divorcio: Este artículo 19 del dictamen quedó aprobado sin modificación alguna en las sesiones del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

(894) Una enmienda del Sr. Casanueva al artículo 19 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de divorcio proponía que el mismo quedará redactado del siguiente modo:

"El hecho de contraer nuevas nupcias el cónyuge divorciado privará a este de la patria potestad. En este caso pasará la patria potestad al otro cónyuge si no hubiera contraído nuevas nupcias ni hubiera sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3º. En este caso,

pasará la patria potestad al otro cónyuge si no hubiera contraído nuevas nupcias ni hubiera sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 39. En otro caso, los hijos menores de edad serán sometidos a tutela" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 59 al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, el Sr. Casanueva expone los diversos aspectos a que se refiere en su enmienda: En primer lugar, la pérdida por el cónyuge que pasa a segundas nupcias de la patria potestad sobre los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, señalando cómo según el texto del dictamen se establece una diferencia injusta entre la mujer viuda que, según nuestro Código civil pierde la patria potestad sobre los hijos cuando pasa a segundas nupcias, y la mujer divorciada, que conservaría la patria potestad; en segundo lugar, que en el caso de nuevas nupcias del cónyuge divorciado en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio, pasará la patria potestad al otro cónyuge si no hubiera contraído nuevas nupcias ni hubiera sido declarado culpable de la causa tercera del artículo, en cuyo caso los hijos menores de edad serán sometidos a tutela; y, finalmente, que, con las mismas salvedades, se confiera al otro cónyuge la administración de los bienes de los hijos:

"... La enmienda se refiere a tres aspectos del artículo 19. Uno, el referente a la patria potestad que ha de continuar ejerciendo el cónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias; otro, el referente a quién ha de sustituir al cónyuge divorciado en el caso de nuevas nupcias, y el tercero, al gestor a que se refiere el proyecto.

La prolongación de la patria potestad en los que contraen segundas nupcias sabemos los profesionales que es en todo caso de gravísimas consecuencias para los hijos del primer matrimonio. Así, es rarísimo el caso de un segundo matrimonio en que el casado en segundas nupcias no deje el tercio de libre disposición y todo lo que pueda a los hijos del segundo matrimonio, y es raro que siempre que hay segundas nupcias los hijos del segundo matrimonio no sean unos santos y los del primero sean dignos de castigo. Esto quiere decir que siempre que hay segundas nupcias, no ya sólo cuando es la mujer la casada en segundas nupcias, caso en que cual el Código civil le priva de la patria potestad, sino cuando es el marido el que ha contraído segundas nupcias, que yo lo considero más grave, porque el poder de captación suele ser mayor en la mujer que en el hombre y la figura de la madrastra es siempre más repulsiva que la del padrastro, por regla general, los hijos del primero son gravísimamente perjudicados en sus intereses. Y no se diga que es sólo el capital propio del que dispone el casado en segundas nupcias; porque el padre que ejerce la patria potestad tiene el usufructo de los bienes de los hijos y, por consiguiente, el producto de los bienes de los hijos del primer matrimonio sirve para levantar las cargas del segundo, y algo peor, si se ahorra en el segundo matrimonio a cargo de los bienes de los hijos del primero, la mitad de ese ahorro, que son gananciales, se lo llevan la mujer y los hijos del segundo matrimonio, con exclusión de los del primero, que son los verdaderos dueños de esos bienes. Por eso se dice en el Código civil -la ley de Matrimonio civil del 70 decía lo contrario- que la mujer que pasa a segundas nupcias perderá la patria potestad, para impedir la captación, la fuerza de sugestión que ejerce el marido para privar de parte de la herencia que debía corresponder a los hijos del primer matrimonio en beneficio de los del segundo.

Yo creo sinceramente, y esto es lo que pido, que no debe ser sólo la mujer la que pierda la patria potestad en caso de segundas nupcias, sino que la pierda también el marido, que está en las mismas condiciones y a quien yo creo más sugestionable a los ruegos, a las súplicas de la segunda mujer.

Es más, Sres. Diputados, con este proyecto vuestro, la mujer divorciada que pasa a segundas nupcias conserva la patria potestad, y la mujer viuda que pasa a segundas nupcias la pierde. ¿No les parece a sus señorías que se establece una diferencia injusta entre la viuda y la divorciada? Es decir, que la mujer viuda, la que tiene hijos cuyo padre ha fallecido, ésa pierde la patria potestad y se sujeta a los hijos a tutela, y en cambio la mujer divorciada, cuyos hijos tienen vivo a su padre, que debía ejercer la patria potestad, cuando pasa a segundas nupcias, ésa la conserva sobre los hijos del primer matrimonio. La diferencia entre la mujer viuda y la mujer divorciada salta

a la vista, porque resulta que es de mejor condición, de mejor trato la mujer divorciada que se vuelve a casar, que la mujer viuda que contrae segundas nupcias.

Quería yo que en el caso de segundo matrimonio del cónyuge inocente pasara la patria potestad al cónyuge culpable, que no lo sea por la causa tercera del artículo 3º, porque yo equiparo el caso de segundo matrimonio con hijos al caso de defunción del cónyuge inocente y SS.SS. ya dicen en el proyecto que en caso de defunción de uno de los cónyuges el otro recobrará la patria potestad. Y yo digo: ¿qué razón hay, además, en el caso de que se prive de la administración de los bienes al cónyuge inocente, para nombrar un gestor extraño viviendo el otro cónyuge? ¿No parece natural que, en el caso en que haya incompatibilidad entre el cónyuge inocente que se haya casado en segundas nupcias y los intereses de sus hijos, se transfiera esa administración al otro cónyuge, si no ha sido culpable por la causa tercera? Pues la Comisión en ese caso nombra un gestor judicial, que, como todos los gestores judiciales, no servirá más que para llevarse los bienes de los menores, que es lo que ha ocurrido siempre, porque los administradores judiciales, por regla general, no tienen más que rendir cuentas en la Secretaría del Juzgado de primera instancia, y aunque yo tengo, ¡cómo no!, un concepto altísimo de la Judicatura -formo parte de ella desde hace muchísimos años-, sé que los jueces no se pueden cuidar de esas minucias y de examinar las liquidaciones de esas cuentas, y todos sabemos que las administraciones judiciales son desastrosas. Vean SS.SS. lo que hacen y confieran la administración al otro cónyuge que, en definitiva, tendrá más derecho a administrar los bienes de sus hijos que no un extraño nombrado por el juez".

Para rechazar, en nombre de la Comisión, esta enmienda se basa el Sr. Del Río, en primer lugar, en que de aceptarse la misma resultaría que el varón divorciado sería de peor condición que el varón viudo que, según nuestro Código civil, no pierde la patria potestad sobre los hijos del anterior matrimonio cuando pasa a nuevas nupcias; en segundo lugar, que por el proyecto se sostiene la conservación de la patria potestad por el cónyuge divorciado que contrae segundas o ulteriores nupcias por entenderse que la tutela es un medio supletorio de la patria potestad; y, finalmente, que si el cónyuge divorciado en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habido en anterior matrimonio disuelto contrae un nuevo matrimonio en un régimen de comunidad de bienes, absoluta o relativa, se constituye la institución judicial de un gestor de los bienes de los hijos:

"... La Comisión no puede aceptar la enmienda del Sr. Casanueva, y va a procurar, modestamente, darle las razones en virtud de las cuales, después de haber estudiado muy detenidamente la enmienda, por unanimidad acordó desestimarla.

Se habrá percatado el Sr. Casanueva de que, con motivo de la discusión de la ley de Divorcio, viene a plantear nada menos que una reforma de fondo del Código civil (El Sr. Casanueva: Sus señorías han dicho ayer que reforman el Código civil) Nosotros no podemos reformar el Código civil más que en aquello que, naturalmente, se refiere al vínculo matrimonial. Pero vamos a examinar detenidamente el asunto y verá S.S. cómo nos asiste la razón. Su señoría dice que el hecho de contraer nuevas nupcias el cónyuge divorciado privará a éste de la patria potestad (El Sr. Casanueva: Muy bien) Primera parte. ¿Va a poner S.S. al cónyuge inocente del divorcio, varón, en peor situación que al cónyuge viudo que con arreglo al Código civil, pasa a segundas nupcias? Hoy la realidad es que el viudo con hijos pasa a segundas nupcias y no pierde la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio. Con la enmienda del Sr. Casanueva resulta que el cónyuge inocente de un divorcio, el que ha tenido la desgracia de que su mujer -hablo del varón- incurra en una causa culpable de divorcio, es de peor condición (El Sr. Casanueva: Hablo sólo de la mujer) Ahora vamos a hablar de la mujer. Estamos convencidos de que S.S. no lleva razón, y el argumento me parece incuestionable. Vamos a hablar de la mujer. Es verdad que, con arreglo a nuestro Código civil, la viuda que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos; pero no negaré S.S. que el Código civil está hecho bajo un régimen legislativo de predominio absoluto del marido sobre la mujer en las relaciones matrimoniales. Mas como esta Comisión ha redactado



un proyecto de ley, estando promulgada una Constitución en la cual se declara que el sexo no puede ser base de predominio jurídico de ninguna clase (y si recuerda S.S., este Diputado, que está haciendo uso de la palabra, cuando se discutió ese artículo de la Constitución, presentó una enmienda en el sentido de que se suprimiese la palabra "civil" del proyecto, porque decía el proyecto: "No podrá ser causa de privilegio político ni civil" y yo dije que se debía suprimir la palabra "civil" y la Cámara no lo aceptó); si existe hoy, como digo, una Constitución que pone al marido en paridad con la mujer, si aceptamos la enmienda del Sr. Casanueva respecto a la mujer, infringimos la Constitución, porque entonces el sexo es causa de privilegio jurídico en cuanto el marido divorciado que pasa a segundas nupcias no pierde la patria potestad sobre los hijos, y la mujer sí (El Sr. Casanueva: Yo pido que sean iguales, que los dos tengan la patria potestad) Pero es que eso retuerce el argumento en la primera parte, que ya se le ha rebatido a S.S. diciendo que el cónyuge divorciado inocente no puede ser de mejor condición que el cónyuge viudo. De modo que la cosa no puede ser mas terminante en este aspecto.

Ahora me habla de que el padre tiene el usufructo de los bienes de los hijos, pero, naturalmente, que tiene la obligación correlativa de darles alimento, y si se sostiene la patria potestad cuando pasa el cónyuge a segundas nupcias, ¿Cómo quiere S.S. que en otro caso los hijos menores de edad sean sometidos a tutela? La Comisión no puede aceptar ese tercer aspecto de someterlos a tutela, porque entendemos nosotros que la tutela es un medio supletorio de la patria potestad; pero siempre que se conserva la patria potestad no puede haber mas que una gestión de administración de bienes, y como el dictamen, en su artículo 19, sostiene siempre la patria potestad sobre los hijos, aunque puede haber circunstancias por las que el cónyuge contraiga un nuevo matrimonio en un régimen de comunidad de bienes absoluta o relativa, no puede sostener la administración sobre los bienes de los hijos. Esa gestión supletoria será exclusivamente en cuanto a los bienes, y no puede existir tutor, porque el tutor sustituye la patria potestad, y subsistiendo esta no hay tutela nunca.

Esto demostrará al Sr. Casanueva que la Comisión ha hecho un estudio detallado de su enmienda, y cree que S.S., por su cultura jurídica, tiene elementos suficientes para que podamos aspirar a verle convencido y le rogamos que retire su enmienda y, en todo caso, que la someta a la aprobación de la Cámara":

Como puede verse, ambas partes se colocan en planos distintos: El Sr. Casanueva parte del supuesto de que se debe privar de la patria potestad al cónyuge divorciado que pasa a segundas nupcias, mientras que por la Comisión se entiende que el mero hecho de contraer segundas nupcias el cónyuge divorciado en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto no es por sí sólo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. De ahí que el Sr. Casanueva pida a la Comisión se le aclaren dos conceptos del artículo discutido, 1º: En caso de nombrarse ese gestor de administración de los bienes de los hijos, que va a pasar con el usufructo de los bienes de aquellos, y segundo: si el régimen de comunidad de bienes absoluta o relativa a que se alude en el proyecto incluye o no el régimen de gananciales:

"... Siento que no me haya convencido el Sr. Del Río, porque parece que estamos colocados en planos distintos. Toda la argumentación de S.S. es que, existiendo la patria potestad, no puede aceptarse la tutela. Está bien; pero yo parto del supuesto de que se debe privar de la patria potestad, de que se debe someter a tutela en el caso de que el otro cónyuge, el cónyuge culpable que no sea de la causa 3ª el artículo 3º, no se haya casado también ni haya incurrido en ninguna otra causa. De modo que yo parto del supuesto de que debe privarse de la patria potestad al que contrae posteriores nupcias; pero en el caso de nombrarse ese gestor de administración de los bienes de los hijos, yo quiero que me diga la Comisión que va a pasar con el usufructo -que reconocía el Sr. Del Río ahora mismo-, que tiene el padre sobre los bienes de los hijos. Si nombra S.S. un gestor, ¿qué le queda al usufructuario? ¿Va a administrar exclusivamente el gestor para que luego el padre coja el dinero? para eso no necesitaba gestor, ni mucho menos. Dice S.S., que pasa la administración al gestor, y ¿para qué? ¿Para que invierta el dinero en lo que crea beneficioso para el menor? entonces priva del usufructo de los

bienes de los hijos sometidos a la patria potestad. Es decir, suprime la patria potestad en todo lo que afecta al régimen económico y en cuanto afecta al régimen de la persona. Para eso era mejor supeditar la tutela como la del pródigo; al pródigo se le nombra un tutor exclusivamente para los bienes, no para las personas; y para dejar reducido al padre al mero cuidador de las personas de sus hijos -que es a lo que va a quedar reducido aquí a menos que sea lo que yo propongo-, no hace falta nombrar gestor.

Quisiera que aclarara el Sr. DEL RÍO un concepto de este artículo. Dice -es importante, y por eso siento no haber hecho referencia antes al particular-: "En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuera contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bñubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda". Yo quiero preguntar a S.S.: ¿A qué comunidad de bienes se refiere? ¿Al régimen de comunidad que en realidad se llama así o al del fuero de Baylio? ¿Al régimen de gananciales? porque en el régimen de gananciales hay parte de comunidad de bienes; es decir, que todo lo que se gana durante el matrimonio entra en la comunidad, pertenece a los cónyuges y a la disolución del matrimonio se divide por partes iguales. Yo celebraría que la Comisión aclarase ese concepto; porque si es comunidad de bienes, es decir, que todos los bienes de los cónyuges, sean de la clase que sean, vayan al acervo común, puede votarse; pero si se refiere a cualquier comunidad en el sentido de los gananciales, todos los casos de matrimonio de segundas nupcias en territorio de derecho común están sometidos... (Los rumores impiden oír las últimas palabras) No crean que es una suspicacia mía; es que a los profesionales se nos presentan problemas tremendos, que muchas veces no sabemos cómo resolver, y éste de que tratamos nos va a dar muchos disgustos a los profesionales, especialmente a los notarios, porque es evidente que en la sociedad de gananciales hay una comunidad de bienes entre marido y mujer. Espero la contestación de la comisión".

Deja el Sr. Del Río claro que el régimen de gananciales no es un régimen de comunidad de bienes, sino un régimen de comunidad de gananciales y que, por tanto, el régimen de comunidad de bienes a que se refiere el proyecto no es el régimen común de gananciales, e insiste en su postura de que lo que en el mismo se prevé es que el cónyuge inocente no pierda la patria potestad por el mero hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias, y sólo en el caso de que este matrimonio se contraiga bajo cualquier género de comunidad de bienes perderá la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda, habiéndoseles de nombrar a éstos un gestor del patrimonio:

"... Para contestar a los tres o cuatro puntos que ha planteado en su rectificación el Sr. Casanueva.

Tiene el Sr. Casanueva que a partir de que todo el proyecto está hecho sobre la base de que el cónyuge culpable del divorcio pierde la patria potestad sobre los hijos, a no ser que haya acuerdo entre los cónyuges por circunstancias especiales. Además, es una cosa discutida y sancionada, porque tiene S.S. el artículo 17 que dice: "El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiere sido declarado culpable del divorcio fundado en las causas 3ª, 4ª o 7ª. En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial". Luego este artículo presupone que, mientras viva el cónyuge inocente, la patria potestad no puede ir nunca al cónyuge culpable, y el buen sentido jurídico de su señoría reconocerá que sería una ironía cruel que el cónyuge culpable ejerciera la patria potestad. Y estará conforme al Sr. Casanueva... (El Sr. Casanueva: Cas'andose en segundas nupcias el cónyuge inocente...) Pero siempre será ese padre, padre culpable, y tendrá una sanción por su culpa. Vamos a otra cuestión.

Dice el Sr. Casanueva que si en el caso a que se refiere el artículo 19 del proyecto se nombrará tutor, o sea: "En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuese contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bñubos perderán la administración y el usufructo de los bienes sometidos a su guarda. En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos".

Insiste el Sr. Casanueva que en lugar de nombrar un gestor se debe nombrar un tutor, y ponía el ejemplo del pródigo. Yo le digo al Sr. Casanueva: les S.S. (ya lo habrá leído seguramente más veces que yo, por razón de la edad) el artículo del Código civil (no tengo seguridad de cual es) que trata de la tutela y verá que es condición indispensable para la tutela que el pupilo no esté sometido a la patria potestad. S.S. no se da cuenta de que, con arreglo al proyecto, el padre casado en segundas nupcias no pierde la patria potestad de sus hijos; y si no pierde la patria potestad de sus hijos, habrá que nombrarles un gestor de bienes.

Segundo problema. Dice S.S.: si hay un gestor de bienes de los hijos, ¿cómo va a conservar el padre el usufructo, la administración? La administración desde luego que no la conserva. ¿Qué finalidad tiene eso? El evitar la confusión de los bienes del pupilo con los bienes del ulterior matrimonio; pero esto no quiere indicar que al padre, dejando de ser el usufructuario de los bienes de sus hijos, se le prive de la administración. Se le priva del usufructo, por no confundir, por no fusionar los dos patrimonios; pero puede ser el administrador.

Vamos a contestar, por último, a lo que nos pregunta el Sr. Casanueva de qué entendemos por régimen de comunidad de bienes. Nosotros entendemos por régimen de comunidad de bienes, cuando no es posible determinar los bienes que son de uno u otro cónyuge, y creemos que en la forma ordinaria de celebración del matrimonio, como derecho supletorio del Derecho civil, en defecto del sistema de capitulación de bienes, el régimen legal de gananciales no es régimen de comunidad de bienes, es un régimen legal de comunidad de gananciales, pero no de bienes, que es cosa muy distinta.

Sabe el Sr. Casanueva mejor que yo la distinta conceptualización jurídica que merecen en el matrimonio los bienes de que ~~da~~ uno de los cónyuges y el producto de esos bienes, que, en definitiva, son la base para determinar los bienes gananciales. De modo que, hecha esta aclaración, para que el Sr. Casanueva sepa por conducto de este individuo que lo que la Comisión entiende por régimen de comunidad de bienes, a que se refiere este concepto, no es el régimen común de gananciales, quedan contestadas las dudas que tenía respecto al dictamen".

Termina la discusión de esta enmienda con una nueva intervención del Sr. Casanueva insistiendo básicamente en sus argumentos anteriores:

"... Que quede bien claro que este artículo no se refiere a los que contraen matrimonio en régimen de gananciales. Muy bien; conformes; no lo discuto. Lo que quería era una aclaración para lo futuro.

En lo que no puede estar conforme con lo que ha dicho S.S., es en lo referente a la tutela del pródigo; es una cuestión de nombres; S.S. le llama gestor. Pero, ¿qué facultad va a tener ese gestor? ¿Cómo se va a nombrar? ¿Cómo va ese gestor a ejercer su gestión, a actuar? (El Sr. Del Río: ¿Me permite una observación? Ese gestor vendrá a ser, en realidad, un tutor de aquéllos que sólo tienen acción sobre los bienes del pupilo; pero no se le puede llamar tutor, porque es una impropiedad decir que existe un tutor, subsistiendo la patria potestad, cuando la tutela es una institución supletoria de la patria potestad) Perdone S.S.: la tutela, en los casos en que se ha extinguido la patria potestad, tiene virtualidad distinta; es el caso que decía S.S. del pródigo. En el pródigo no hay patria potestad; está emancipado legalmente, y, sin embargo, en ese caso se le llama tutor, porque se cuida solo de los bienes. Yo creo que sería mejor someter a tutela esos bienes, con la intervención del consejo de familia.

Ahora, en cuanto al razonamiento de que el gestor va a administrar para que no se confundan los patrimonios, los dos patrimonios no se confunden nunca; están separados. Lo que se confunde son los productos del patrimonio, y los productos del patrimonio los entregan S.S. al cónyuge casado en segundas nupcias; de modo que los productos de los bienes del hijo se le dan al padre casado en segundas nupcias y con ellos levantará las cargas del segundo matrimonio, lo cual me parece una injusticia, dicho sea con todos los respetos".

En votación ordinaria quedó desechada esta interesante enmienda del Sr. Casanueva (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3876-3879).

(895) Un voto particular del Sr. Martínez Moya proponía la siguiente redacción del inciso segundo, párrafo primero, del artículo 19 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

"Esto no obstante, el juez podrá determinar lo contrario a virtud de instancia del otro padre, de los abuelos, de los hermanos de doble vínculo mayores de edad o del Ministerio fiscal, y cuando a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 89 al NUM. 107):

Leído por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, el Sr. Martínez Moya señala como diferencia entre el texto del dictamen y el del voto particular la sustitución de las palabras "a instancia de parte" por una gradación exacta de las personas que pueden utilizar este derecho, condicionándose así de un modo exacto quiénes son las personas que pueden acudir a solicitar esta medida:

"... Sres. Diputados, entre el texto del dictamen de la Comisión en el artículo 19 y el voto particular que yo sostengo, no hay más que una pequeña diferencia, que es la de condicionar las personas que puedan considerarse como parte legítima para adoptar la medida de que se trata.

Dice el artículo 19, como saben los Sres. Diputados, que el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado en cuya guarda hubieren quedado las personas o los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí sólo causa para modificar la situación establecida respecto a dicha prole. Esto no obstante, añade, y aquí es donde está la diferencia entre el texto del dictamen y el del voto particular, el juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución.

Sustituyo yo las palabras "a instancia de parte" por una gradación exacta de las personas que pueden utilizar este derecho y, modificando un poco la redacción, que, como antes decía, podría prestarse a equívoco, e incluso a chirigotas, digo: "Esto no obstante, el juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia del otro progenitor, de los abuelos, de los hermanos de doble vínculo mayores de edad o del Ministerio fiscal", coincidiendo con el dictamen en el resto.

Tiene por objeto esta modificación que propongo, Sres. Diputados, condicionar de un modo exacto quiénes son las personas que pueden acudir a solicitar esta medida, impidiendo, a causa de las razones que antes aduje al estimar como procedente la enmienda del Sr. Arranz, que cualquier persona, con el peor deseo, mezclándose en una cuestión tan íntima como la que afecta a la situación de unos hijos respecto de sus padres, pueda defenderse a los interesados y que incluso pueda plantear en los juzgados y que, incluso sorprenderse en algunos casos la buena voluntad de los jueces.

A mi juicio, sólo pueden tener este derecho (y esta limitación legal no puede entrañar nunca la merma de facultad alguna concedida en la ley) si los hijos quedan en poder del padre, la madre; si quedan en poder de la madre, el padre, y en defecto de éstos, los abuelos y los hermanos de doble vínculo. Cualquiera otra persona que no sean éstas, para poder utilizar este derecho y solicitar el cambio de la situación jurídica de esos menores, tendrá que acudir al Ministerio fiscal, y éste, con la responsabilidad propia del cargo y de la alta misión jurídica que ejerce, podrá ser el que acuda a solicitar del Juzgado la adopción de estas medidas. De otra manera dejaríamos una puerta abierta, a causa del exceso de amplitud de la ley, al estimar que cualquier persona es parte para pedir la modificación y de estas situaciones para que pudieran producirse en las relaciones de la vida íntima familiar complicaciones en circunstancias tan difíciles, que muchas veces los jueces no sabrían cómo afrontarlas ni resolverlas.

En último término, vuelvo a repetir que esto tiene un segundo objeto, tal vez el menos interesante, pero que no deja de tener importancia, cual es el de evitar incidentes

que podrían plantearse en esta cuestión respecto a los padres en cuyo poder estén los hijos.

Por todas estas razones, me permito interesar de la Cámara que, si comparte estas modestas razones que expongo, acepte el voto particular que acabo de defender":

Para el Sr. Del Río, de la Comisión, este voto particular no tiene razón de ser, puesto que las palabras del proyecto determinan de manera terminante sin involucrar la cuestión las personas a quienes la ley atribuye aquella acción para pedir la revisión de la situación de los hijos cuando los padres han pasado a segundo matrimonio:

"... En nombre de la Comisión, para decir las razones que ésta tiene para no admitir el voto particular que suscribe nuestro distinguido compañero el Sr. Martínez Moya.

En realidad, esto es reproducir la cuestión sobre la cual se ha pronunciado ya la Cámara al discutirse un artículo anterior; pero si allí no tenía razón de ser ese criterio, menos la tiene en el artículo 19, donde de manera terminante quedan marcadas las personas a quienes la ley atribuye aquella acción para pedir la revisión de la situación de los hijos cuando los padres han pasado a segundo matrimonio. Dice el proyecto que, no obstante, el juez podrá determinar lo necesario a virtud de instancia de parte, y dice el Sr. Martínez Moya que, para evitar que entren en el pleito personas extrañas, nosotros debemos determinar que esta revisión sólo pueda acordarse a instancia de los abuelos y hermanos mayores de edad de doble vínculo. Yo creo que esto es completamente innecesario y que involucra la cuestión, porque con las palabras del proyecto quedan determinados los dos casos que pueden ocurrir. Que el cónyuge que tiene la potestad sobre sus hijos, por ser el cónyuge inocente del divorcio, ha pasado a segundas nupcias y viva el otro cónyuge, y es evidente que éste, que ha sido parte en el juicio de divorcio, podrá pedir la rectificación de la situación de los hijos. Vamos a suponer que el cónyuge culpable, que ha perdido la patria potestad sobre sus hijos, ha muerto. ¿Quién es la parte? Los propios hijos, que para pedir la modificación de la situación les basta hacer uso del artículo 165 del Código civil, que dice que siempre que un hijo no emancipado y sujeto a la patria potestad tenga un interés contrario al de sus padres, puede pedir se le nombre un defensor judicial para que lo represente en juicio. Creemos que estas razones convencerán a nuestro digno compañero de Comisión y que retirará el voto particular"

A su vez, el Sr. Martínez Moya sostiene el voto particular por entender que es más amplio que el texto del dictamen y que garantiza plenamente los derechos de la prole:

"... Sres. Diputados, los razonamientos que ha hecho en nombre de la Comisión el Sr. Del Río no me ha convencido, ni creo que hayan convencido a la Cámara. En primer lugar, porque no puede decirse que esta sea una cuestión sobre la cual se haya pronunciado la Cámara al rechazar la enmienda formulada por el Sr. Arranz, porque el Sr. Arranz proponía una adición de un precepto contenido que en el texto del dictamen no aparecía, y en este caso concreto aparece el texto en el dictamen, y yo lo que pido es que se aclare convenientemente. Por consiguiente, la determinación de quien pueda ser parte en cuanto queda reducida al otro litigante en el juicio de divorcio, puede dar lugar al caso de un padre desnaturalizado que no se preocupe de la situación jurídica de sus hijos al contraer nuevo matrimonio, y que el otro cónyuge no tenga en cuenta la situación de los menores. Y dice el Sr. Del Río: "Es que entonces los menores tienen el derecho que les concede el Código civil de acudir al Juzgado". Pero eso será en el caso de que los menores tengan edad bastante para tener discernimiento; pero si están en la edad infantil, les será desconocido este derecho, y parece natural que la ley sea suficientemente previsora y establezca que, en defecto del otro progenitor, los abuelos y los hermanos de doble vínculo mayores de edad sean los que tengan derecho para garantizar los intereses de los menores. No hay que olvidar, Sres. Diputados, que en la estructuración de esta ley, que mira con vigilante cuidado y con atento celo la situación en que pueden encontrarse la vida y los intereses de los menores, conviene darles un conjunto de garantías de tal naturaleza que ofrezcan plena seguridad de que no han de sufrir menoscabo ni daño de ninguna clase estos intereses legítimos de los menores, por los cuales mira con tanto cuidado el proyecto que discutimos. Por

tal razón, yo, que no me considero convencido por las razones expuestas en nombre de la Comisión, sostengo el voto particular. Creo que es más amplio que el proyecto y que garantiza plenamente los derechos de la prole, por los que mira con preferente atención.

Si la Cámara comparte este criterio, yo estimo que de este modo podríamos hacer una obra de justicia, en vez de encerrarnos en los límites estrechos a que parecía aferrarme mi digno compañero de Comisión Sr. Del Río:

Termina esta discusión con la intervención del Sr. Del Río que matiza algunas alegaciones realizadas por el Sr. Martínez Moya:

"... Muy brevemente para disvirtuar dos alegaciones que ha hecho nuestro querido compañero el Sr. Martínez Moya. Ha dicho que puede darse el caso de un padre desnaturalizado que no se preocupe de la situación de sus hijos y no haya quien, habiendo sido parte en el juicio, pueda pedir la rectificación de la situación de los hijos sometidos a la patria potestad del otro cónyuge. Esto no es exacto, porque en los juicios de divorcio es parte siempre el Ministerio fiscal y por lo tanto el Ministerio fiscal puede ejercitar esa acción, si no la ejerce el padre desnaturalizado.

Segundo argumento que ha expuesto. No existe el padre, pero los hijos son menores de edad, ni tienen discernimiento y no pueden acudir al Juzgado pidiendo el nombramiento del defensor judicial que menciona el artículo 165, y yo, con todo cariño, tengo que decir a mi distinguido compañero de Comisión que si fuera preciso para aplicar el artículo 165 que fueran los menores quienes acudieran y pidieran al Juzgado el nombramiento de defensor judicial, el mencionado artículo sería totalmente ineficaz. En virtud de ese artículo, basta con que acuda un vecino al Juzgado pidiendo el nombramiento de defensor judicial de los menores para que el juez tenga que nombrarlo. En este sentido creo que quedará convencido mi distinguido compañero y que con estas consideraciones comprenderá la Cámara la procedencia de desechar el voto particular":

Sin más discusión, en votación ordinaria fue desechado este voto particular del Sr. Martínez Moya (Discusión del voto particular suscrito por el Sr. Martínez Moya: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3875-3876).

Una enmienda del Sr. Arranz en que proponía que el párrafo segundo del artículo 19 del dictamen quedará redactado así: "Esto no obstante, el juez podrá determinar lo contrario, a virtud de petición de aquellas personas a quienes en su caso correspondería la tutela legítima cuando a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge viudo sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esa resolución", fue retirada por el mismo por coincidir con el espíritu del voto particular del Sr. Martínez Moya que rechazado por la Cámara (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

(896) Una enmienda del Sr. Arranz al artículo 19 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio proponía la siguiente redacción del último párrafo del mismo:

"En este supuesto se les proveerá de tutor" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 59 al NUM. 110):

Léida por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, el Sr. Arranz la retira, pero manifiesta su deseo de que se aclare por la Comisión quiénes habrían de ser las personas que, en relación con el gestor del patrimonio de los hijos, pudieran ser nombradas, con preferencia, para este cargo:

"... Quería hacer una manifestación respecto a este último particular. D. Cirilo del Río, distinguido miembro de la Comisión, ha dicho que el gestor del patrimonio de los hijos, a que se refiere el último párrafo del artículo que estamos discutiendo, en realidad es un tutor con facultades determinadas de administración de los bienes de los hijos, cuando concurren los casos y circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, y en este supuesto, yo agradecería a la Comisión, si lo considera conveniente, que determinase quiénes serán las personas que, con preferencia, pudieran ser nombradas para estos cargos. Si en realidad considera que el gestor es un tutor con facultades limitadas, debería determinarse que tendrán preferencia para el nombramiento de gestor

aquellos a quienes correspondería en su caso la tutela":

El Sr. Del Río, contestando al Sr. Arranz, señala que para la determinación de las personas que han de desempeñar esa gestión de negocios ha de estarse a los preceptos análogos para designación de la tutela:

"... Muy brevemente (para no aparecer descortés con mi querido amigo el Sr. Arranz), para decirle que la determinación de las personas que han de desempeñar esa gestión de negocios ajenos a esa tutela especial de que hablábamos antes no es cuestión que deba recogerse en un ley sustantiva, sino que creemos que por analogía (El Sr. Arranz: El Código civil determina las personas a quienes corresponde la tutela, y es ley sustantiva por excelencia), deben aplicarse los preceptos análogos para designación de la tutela; porque no queremos amazarcar esta ley cargándola de cosas que entendemos no son sustanciales en ella" (Cfr. la discusión de esta enmienda del Sr. Arranz en Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

(897) Discusión de la enmienda del Sr. González López proponiendo la edición de una Regla transitoria en el dictamen de la Comisión de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio y defendida ante la Cámara por la Srta. Campoamor: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3993-3994).

10.3. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a los bienes del matrimonio (898):

a) Con relación al régimen económico-patrimonial de los cónyuges.

Dispone el artículo 23 de la Ley de Divorcio:

"La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes" (899):

A su vez, el artículo 24 de la misma dispone:

"Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudiquen" (900).

Como norma preventiva, dispone el artículo 25 de la Ley de Divorcio:

"La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decete se deberán anotar e inscribir respectivamente en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a la sociedad conyugal.

También se anotará la demanda y se inscribirá la sentencia, en los casos en que proceda, en el Registro mercantil correspondiente" (901).

Para el supuesto de que al tiempo de la promulgación de la ley especial de Divorcio los cónyuges tuvieran separación de bienes decretada conforme al capítulo VI -"de la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la



mujer durante el matrimonio"-, título III, libro IV del Código civil, por causa de divorcio, se establecía en la Ley especial de Divorcio una Regla transitoria, conforme a la cual:

"Cuando hubiere separación de los bienes de los cónyuges decretada conforme al capítulo 6º, título III, libro IV del Código civil, por causa de divorcio, si el marido hubiera conservado la administración de los bienes del matrimonio, la mujer podrá exigir que se liquiden y se la entreguen los bienes propios y los que la correspondan de la sociedad conyugal. En cuanto a ellos, se observará lo dispuesto en el artículo 24. Entre los cónyuges regirá en este caso lo que se dispone en la sección cuarta del capítulo III de esta Ley" (Regla transitoria 6ª de la Ley de Divorcio, que coincide con las reglas transitorias 4ª del proyecto de ley de divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio. Cfr. artículos 1432 ss. del Código civil).

b) Con relación a los derechos patrimoniales de los cónyuges.

Dispone el artículo 27 de la Ley de Divorcio:

"El divorcio no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos en el supuesto de la muerte de uno de ellos; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente" (902):

Este artículo, el 28 de la Ley de Divorcio, establece:

"El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiere sido dado y prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y el inocente conservará todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiese prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad" (903).

c) Con relación a los derechos sucesorios.

Dispone el artículo 29 de la Ley de Divorcio:

"El cónyuge divorciado no sucede abintestado a su exconsorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la sección séptima del capítulo segundo del título tercero del libro tercero del Código civil, ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo Código. Si el fallecer el causante estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se aceptará el resultado del pleito, si los herederos utilizan la facultad que les concede el artículo sexto" (904).

d) Con relación al nuevo matrimonio de los cónyuges divorciados entre sí:

Dispone el artículo 26 de la Ley especial de Divorcio:

"Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí, volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiere ejecutado legalmente.

Antes de contraer el segundo matrimonio harán constar los contrayentes, por escritura pública, los bienes que nuevamente aporten y estos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno.

En el caso de este artículo se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de divorcio" (905).

e) Adecuación del régimen general a las legislaciones civiles forales respecto a los bienes del matrimonio:

Una enmienda del Sr. Palet proponía la adición de

un nuevo artículo después del 27 en el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio con este contenido:

"Cuando los cónyuges que se divorcien estén sujetos a legislación civil foral, se aplicarán las disposiciones precedentes de esta sección por analogía a los casos que estén en respectiva paridad" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 108):

Leída por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, el objeto de la misma, señala el Sr. Palet, no es sino aclarar, para evitar dudas, el supuesto de que los cónyuges que se divorcien estén sujetos a la legislación foral, en cuyo caso los preceptos de la sección del dictamen referida a los bienes del matrimonio se han de aplicar por analogía a los casos que estén en respectiva paridad en la legislación foral civil correspondiente:

"... Hemos propuesto la adición de este artículo porque tal como venía redactada esta sección en el dictamen de la Comisión parecía que no recogía más que el derecho común, el derecho contenido en el Código civil. Para evitar dudas, nos ha parecido conveniente incluir en el proyecto de ley que discutimos el artículo a que acaba de darse lectura, por virtud del cual se determina que cuando los cónyuges que se divorcien estén sujetos a la legislación foral se aplicarán las disposiciones precedentes de esta sección por analogía a los casos que estén en respectiva paridad, y así, en aquellos puntos en que haya alguna diferencia de régimen respecto a los bienes del matrimonio, no hay necesidad de entrar en detalles en la redacción de estos preceptos. Y es tanto más conveniente que esto se consigne así, cuanto que en el artículo precedente al que proponemos, el 27, se hace alusión a preceptos concretos del Código civil. Por eso no debe olvidarse que hay regiones, que tienen legislación foral civil, como Cataluña, Aragón, Mallorca y Valencia res-

pecto a los bienes matrimoniales. Por consiguiente, nos ha parecido necesaria esta aclaración, como he dicho anteriormente, para evitar dudas, pues no conviene olvidar tampoco que, tomando pie de la ley de Mostrencos del año 1835, se ha venido por reciente jurisprudencia, a abandonar lo que había en las legislaciones forales acerca de las sucesiones intestadas. Para evitar esas dudas, repito, nos ha parecido conveniente hacer la pequeña aclaración contenida en la adición del artículo que hemos propuesto y creo que se debe aceptar":

El Sr. Baeza Medina se opone, en nombre de la Comisión, a la administración de esta enmienda por ser de una inoportunidad manifiesta el involucrar preceptos que afectan a legislaciones que pueden estar vigentes por concesión de las Cortes Constituyentes en diferentes regiones españolas cuando se trata de una Ley de Divorcio de tipo general, que ha de regir en toda España:

"... La pequeña aclaración de que habla el Sr. Palet, Sres. Diputados, significa una cuestión de fondo, con relación a la ley de Divorcio que estamos discutiendo, que la Comisión no puede aceptar en este momento.

Sin entrar ahora en las razones que invoca el Sr. Palet, el punto de vista de la Comisión para considerar el momento inoportuno, es que se está dictando una ley sobre divorcio de tipo general, que ha de regir en toda España. Ha de llegar un momento en que se concedan por las Cortes Constituyentes Estatutos a determinadas regiones, y en armonía con las facultades que se concedan a estas regiones, ellas serán las llamadas a legislar en las materias que sean de su competencia, y entonces no hay que decir que lo singular lo específico de cada región, prevalecerá sobre lo genérico de las legislaciones aplicadas a toda España. Pretender en este momento, en un artículo de la ley de Divorcio (Cuando no se ha pretendido, por cierto, con relación a otros que tratan del régimen de los hijos, del mismo régimen de matrimonio), que involucremos y metamos como una cuña preceptos que afectan a legislaciones que pueden estar vigentes por

concesión de las Cortes Constituyentes en diferentes regiones españolas, nos parece de una inoportunidad manifiesta, y por eso la Comisión, sin entrar en el fondo de la cuestión, se ve en la necesidad de rechazar la enmienda del Sr. Palet":

Para el Sr. Palet la no admisión de esta enmienda puede suponer barrenar las legislaciones forales civiles en esta materia por una aplicación en todo caso de las normas generales de la Ley que se discute y, en este sentido, una ofensa a las regiones que tienen derechos forales:

"... He de confesar que me han causado la más grande sorpresa las manifestaciones hechas por el Sr. Baeza Medina en nombre de la Comisión. Ellas me dan la sensación de que la Comisión no se ha percatado nada, absolutamente nada, del alcance de esa pequeña aclaración que he pedido, porque precisamente lo que pedimos no ha de alterar en ningún punto esencial lo que dispone esa sección.

Es más, lo que pretendemos simplemente es evitar que haya confusión, que haya dudas acerca de si se altera el Derecho civil, como ha pasado con el caso que antes he citado de la Ley de Mostrencos, cuya finalidad era de carácter fiscal y, no obstante, sabe el Sr. Baeza Medina y saben todos los Sres. Diputados, abogados, sobre todo los de las regiones que tienen derecho foral, que últimamente, respecto de las sucesiones intestadas, se ha barrenado este derecho foral mediante la inadecuada aplicación de las disposiciones de la Ley de Mostrencos. Por eso, para evitar esas confusiones en preceptos que en esencia tienen carácter general, es por lo que pedimos se haga esta aclaración, que no altera nada que se refiera al sostén de los hijos, a alimentos ni a ninguno de los extremos esenciales del dictamen.

Realmente, en todas partes, sea cualquiera la legislación civil, en las diferentes regiones de España, los bienes matrimoniales estarán o en sociedad de gananciales o en régi-

men de parafernales o de dotales; habrá donaciones, habrá derechos sucesorios entre los cónyuges; puesto esto mismo, en su espíritu y esencia no quedará alterado. En suma, pedimos únicamente se aclare si en las regiones que tienen derecho foral se aplicarían por analogía estos preceptos, porque solamente por analogía puede aplicarse; por ejemplo, lo que hace referencia al artículo anterior, respecto a la cuota viudal: en Cataluña será la legítima viudal la cuarta marital, que se regula por una disposición de Justiniano, del Rederecho Romano, en que se da la equivalencia; de modo que no altera en nada lo sustancial y en cambio, esta aclaración que estoy apoyando puede evitar pleitos, discusiones y dificultades":

Rechazada por la Cámara esta enmienda del Sr. Palet, consigna éste su protesta en nombre de Cataluña por entender que ello supone una ofensa a las regiones que tienen derechos forales, lo que produce grandes rumores en la Cámara y hace decir al Sr. Vicepresidente (Castrillo) que, seguramente, la Cámara, al rechazar la enmienda en ejercicio de un legítimo derecho, no se propone ofender a Cataluña ni a ninguna otra región (906).

(898) Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Divorcio:

"La separación sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley" (Artículo 39 del proyecto de ley de divorcio y 36 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 36 del dictamen se leyó y quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(889) Artículo 24 del proyecto de ley de divorcio y 21 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 21 del dictamen fue aprobado por la Cámara sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

(900) Artículo 25 del proyecto de ley de Divorcio y 22 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Una enmienda del Sr. Casanueva que proponía se añadiera al final del artículo 22 del dictamen lo siguiente: "... cuando el divorcio sea por mutuo disenso", así como la adición al mismo de un párrafo de este tenor: "Cuando sea por otra causa, el cónyuge culpable perderá todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a este, y el cónyuge inocente conservará cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, desde luego, reclamar lo que éste le hubiera prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con causa de reciprocidad. El inocente conservará, si la tuviere, la administración de los bienes de la mujer y de los gananciales" (Cfr. Diario de Sesiones Apéndice 5º al NUM. 109),

fué retirada por el Sr. Casanueva ante la unanimidad de la Comisión en su no adhesión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

(901) Los artículos 26 del proyecto de ley de Divorcio y 23 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio establecían:

"La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decreta se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal":

La redacción definitiva de este artículo 23 del dictamen se debe a un voto particular al mismo Sr. Fernández Clérigo en que se precisaba la necesidad de que fuera más amplio el concepto de bienes e inscribir en el Registro de la propiedad y la necesidad de que, en su caso, se inscribieran también estas demandas y sentencias en el Registro mercantil (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 3º al NUM. 108), voto particular que fue aceptado por la Comisión (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880).

Aceptado por la Comisión este voto particular del Sr. Fernández Clérigo, fue retirado por el Sr. Villanueva un voto particular similar al anterior de los Sres. Villanueva y Alvarez en que proponía la siguiente redacción de este artículo 23 del dictamen:

"La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decreta se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en los Registros de la Propiedad y Mercantil que corresponda en cuanto a los bienes que aparezcan inscritos y que pertenezcan a la sociedad conyugal" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 106 y Tomo VI, p. 3880).

(902) Artículo 28 del proyecto de ley de Divorcio y 25 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: Este artículo 25 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3883).

(903) Artículo 29 del proyecto de ley de divorcio y 26 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio:

Leído este artículo y una enmienda al mismo del Sr. Palet proponiendo la siguiente modificación: "El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el cónyuge inocente o por otra persona en consideración a éste, a excepción de las prendas de vestir que haya recibido..." (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 108), que fue retirada por su autor, quedó aprobado sin más discusión el artículo 26 del dictamen (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3883).

(904) Los artículos 30 del proyecto de ley de divorcio y 27 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio establecían:

"El cónyuge divorciado no sucede abintestado a su exconsorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece el artículo 834 del Código civil, ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo Código. Si al fallecer el causante estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito":

Una enmienda del Sr. Casanueva proponía que este artículo 27 del dictamen quedará redactado de la siguiente forma:

"El cónyuge declarado culpable del divorcio no sucederá abintestato a su consorte, ni tendrá derecho a la cuota usufructuaria que establece la sección 7ª del libro III del Código civil, ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo Código. El cónyuge inocente conservará todos esos derechos.

En caso de divorcio por mutuo disenso, ninguno de los cónyuges gozará de aquellos derechos.

Si al fallecer uno de los cónyuges estuvieren éstos separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 5º al NUM. 109):

Leída por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118-, se acepta por la Comisión aquella parte de la enmienda que sustituye las palabras "a la cuota usufructuaria que establece el artículo 834 del Código civil", por la frase "la sección 7ª del libro III del Código civil", si bien, para una mejor determinación de los preceptos aplicables, se deja la misma redactada por la Comisión del siguiente modo: "la sección 7ª del capítulo 2º del título 3º, libro III, del Código civil". A pesar de la aceptación por la Comisión de esa parte de su enmienda, el Sr. Casanueva pide se acepte igualmente aquel otro aspecto que se opone

al dictamen en que se priva al cónyuge inocente de la cuota usufructuaria, por ser ilógico que determinándose esta Ley de Divorcio por el principio del divorcio culpable se prive al cónyuge inocente esta esperanza de derecho que ganó en el momento de contraer matrimonio:

"... Hemos quedado en que este proyecto de divorcio se funda, por regla general, en la culpabilidad de uno de los cónyuges y que en castigo a esa culpabilidad se le impone el divorcio; pero, con arreglo a este artículo de la Comisión, por la culpa del cónyuge que da lugar al divorcio, resulta castigado el cónyuge inocente, porque el cónyuge inocente tiene derecho a una cuota usufructuaria al fallecimiento del cónyuge culpable y mediante lo que la Comisión ha hecho en el artículo que yo quiero modificar, al morir el cónyuge culpable, el inocente se queda sin la cuota viudal que era un derecho que tenía por nuestra legislación civil, un derecho que, si no consumado y consolidado, casi era una esperanza de derecho que ganó en el momento de contraer matrimonio.

Yo ruego a la Comisión que examine este aspecto. ¿Es posible que el cónyuge inocente sea privado de la cuota usufructuaria en castigo de que el culpable cometió una falta que dió lugar al divorcio? Parece ilógico que se castigue al inocente y no me atrevo a agregar más, seguro de que la Comisión aceptará este aspecto":

Para aducir el fundamento que la Comisión ha tenido en cuenta para aceptar el criterio del proyecto que dice tajantemente que, decretado el divorcio, ningún cónyuge tiene derecho a cuota usufructuaria legal alguna por la muerte del otro, interviene el Sr. Del Río que, en nombre de la Comisión, señala que no se trata de un castigo que se impone al cónyuge inocente por un acto del cónyuge culpable, sino que el divorcio, rompiendo el vínculo, tiene un alcance distinto al de la mera separación legal de los cónyuges y, por lo tanto, ese distinto alcance hace que no se pueda seguir el criterio del Código civil conforme al cual el cónyuge que no estuviera divorciado o el cónyuge inocente tendría derecho siempre a la cuota usufructuaria legal que le atribuyen los artículos 834 y siguientes del mismo:

"... Muy brevemente, para aducir el fundamento que la Comisión ha tenido en cuenta para aceptar el criterio del proyecto que ha dictaminado, rompiendo con la tradición de nuestro Derecho civil. Es cierto que en nuestro Derecho civil el cónyuge que no estuviera divorciado o el cónyuge inocente tendría derecho siempre a la cuota usufructuaria legal que le atribuyen los artículos 834 y siguientes del Código civil, y aquí el proyecto, tajantemente dice que, sancionado el divorcio, decretado el divorcio, ningún cónyuge tiene derecho a cuota usufructuaria legal alguna por la muerte del otro. Y dice el Sr. Casanueva: "Es un castigo que se impone al cónyuge inocente por un acto del cónyuge culpable". No. Lo que yo he dicho en mis intervenciones anteriores, hablando respecto del ejercicio de la patria potestad, es que el cónyuge culpable tiene una disminución de capacidad para adquirir la patria potestad sobre los hijos. De modo que no era en forma de castigo, ni en forma de castigo se impone aquí. Lo que ocurre es que el divorcio, rompiendo el vínculo, no puede tener el alcance que el divorcio sólo de separación de bienes y personas, tenía en el Código civil. Allí el cónyuge no quedaba capacitado para casarse otra vez, la sociedad conyugal de bienes no había posibilidad de que fuera sustituida por otra nueva sociedad. Medite el Sr. Casanueva sobre la situación del cónyuge inocente que pide el divorcio por un acto de su voluntad que, al ejercitar la acción de divorcio, sabe que pierde los derechos sucesorios del cónyuge culpable, planteándosele la cuestión de si le convienen más las razones de orden sentimental o moral que le obligan a pedir el divorcio o las razones de ventaja económica que puede tener a la muerte del cónyuge culpable. Deste luego no es una situación muy airosa la de aquel que se separa, que rompe la vida sentimental, la vida espiritual con el otro cónyuge, y que, sin embargo, cuando ésta ha orientado otra nueva vida en el mundo, cuando ha constituido otra nueva sociedad, quede una especie de derecho en potencia, nacido de una relación conyugal anterior, que está completamente rota, para que el cónyuge inocente venga a lucrarse con aquello a que él no ha contribuido, y si me apura mucho el Sr. Casanueva, le diré que aplicando la enmienda habrá la imposibilidad absoluta de que eso ocurra.

Voy a poner un ejemplo. Yo presento a su señoría el caso de un cónyuge que contrae tres sucesivos matrimonios y que a la muerte del tercero viven los tres cónyuges divorciados



y como cada uno tiene derecho a la mitad de la cuota usufructuaria de sus bienes, resulta que una unidad la tenemos que hacer unidad y media, porque si no no hay posibilidad (El Sr. Casanueva: Se reparte entre los tres, y en paz.- Risas y rumores).

Es absolutamente imposible. Parto del Derecho Civil español que implica la cesación de un estado de matrimonio, pero no la sustitución por otro; es un caso distinto del divorcio, que rompe el vínculo y quedan en absoluta libertad los cónyuges para ir, sin disminución de su valor patrimonial, a contraer nuevas nupcias, porque ese es otro aspecto de la cuestión. El cónyuge que estuviese divorciado no iba con completa independencia económica, con su completa autonomía económica, a contraer matrimonio; iría en una situación de desigualdad con respecto al otro cónyuge, y ocurriría de esta forma que el cónyuge divorciado tendría dificultades de orden económico y de orden patrimonial, porque no está en situación de paridad al casarse. Y, además - esta es una opinión particularísima de este miembro de la Comisión-, me voy a permitir decir una frase muy vulgar, que es un refrán manchego, que emplean los novios cuando riñen con las novias, para pedirles aquello que les han regalado por razón del noviazgo: que aquel que no está a bien con la persona, no debe estar a bien con los intereses".

Estas razones no convencen al Sr. Casanueva que sigue sin comprender el porqué se ha de castigar al cónyuge inocente con la pérdida de la cuota usufructuaria:

"... Un argumento de la Comisión quizá me hubiera hecho a mí vacilar en sostener la enmienda y es que, según el Sr. Del Río, el cónyuge inocente, antes de pensar en divorciarse, debe pensar en las pesetas, en si le conviene perder la cuota usufructuaria o argumentarse con todo lo que le haga el otro cónyuge, con tal de no perderla. Como eso parece que es una rémora más para el divorcio y como yo creo que debemos poner todas las rémoras que se pudiera... (El Sr. Del Río: Aunque sea la rémora de que el cónyuge inocente acepte una situación que pueda ser ignominiosa para él, a vista de una mejora económica) Volviendo a mi argumento: es que siendo inocente el cónyuge, se le obliga, para no perder un derecho que tiene, a no pedir el divorcio o a perder el derecho al usufructo. Si es inocente, ¿por qué se le ha de castigar perdiendo una cuota usufructuaria?

El problema de que la cuota usufructuaria le correspondería a dos o tres cónyuges, si se casaba dos o tres veces el divorciado, no existe, Sr. Del Río, porque es lo mismo que el caso de la legítimas: los hijos tienen derecho a dos tercios de la herencia; cuando es uno solo el hijo, se lo lleva todo; cuando son muchos los hijos, se reparte entre todos. Pues aquí ocurriría el mismo caso: la cuota usufructuaria se dividiría entre todos los que tuvieran derecho a ella".

A este último argumento del Sr. Casanueva contesta, muy brevemente, el Sr. Del Río, que dice:

"... Ese último argumento es sofístico, porque la legítima de los hijos se fija en una parte alícuota en relación con la entidad de hijos, sean estos los que sean, mientras que la cuota de los cónyuges se fija en relación a cada uno de ellos. Esto hace que en los hijos se pueda distribuir la parte que les corresponde, sean los que sean, y como cada uno de los cónyuges tiene una parte alícuota de su caudal, se ve la imposibilidad de proceder en análoga forma".

Sin más discusión, y después de señalarse por la Comisión que el último párrafo del artículo se aclara en el sentido de añadir al mismo la frase: "si los herederos utilizan la facultad que les concede el artículo 5º", es aprobado el texto de este artículo 27 del dictamen según la nueva redacción dada al mismo por la Comisión (Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Casanueva: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3883-3995).

(905) Artículo 27 del proyecto de ley de divorcio y 24 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de Ley de divorcio:

Una enmienda del Sr. Palet al artículo 24 del dictamen proponía que éste quedara redactado así:

"Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí podrán convenir libremente el nuevo régimen que quieran establecer referente a sus bienes con sujeción a los preceptos del Derecho civil; de no convenirlo expresamente volverán a regirse los bienes por

las mismas reglas" (igual que dice el dictamen hasta el fin del apartado).

En el apartado 2º se hará esta modificación... "por escritura pública o como proceda en Derecho..." (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 4º al NUM. 108):

Leída por segunda vez en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- mantiene el Sr. Palet la tesis de que los cónyuges divorciados que se vuelvan a unir en matrimonio tengan libertad para convenir libremente el régimen económico-matrimonial por que han de regirse sus bienes, con sujeción a los preceptos del Código civil, y sólo en el caso de que no con vinieran ningún régimen de bienes, se mantendría el mismo régimen respecto a los bienes que hubieran tenido establecido en el primer matrimonio, tendiendo la modificación que se establece en el párrafo segundo de la enmienda a exigirse escritura pública sólo cuando se trate de aportación de bienes inmuebles o de grandes cantidades:

"... Ha parecido a este diputado, y a todos los que han firmado la enmienda, análogo que siendo de plena voluntad de los divorciados el volverse a unir matrimonialmente, no tengan esa libertad para poder modificar el régimen de bienes; porque lo esencial, lo principal, es el vínculo matrimonial, el enlace, y lo secundario es el régimen de bienes, que tiene carácter accesorio. Por esto parece una inconsecuencia, tanto mas grave cuanto que pueden existir razones muy potentes para modificar ese régimen. Por ejemplo, lo puede la mujer haber adquirido bienes -probablemente por herencia- que no le convenga aportar a la sociedad conyugal y que desee establecerlos o reservárselos como parafernales. Me refiero tan sólo al sistema del Derecho común, sin hablar para nada de los regímenes que establecen las legislaciones forales; pero con ello se ve de un modo bien claro que es procedente que cuando estos cónyuges vuelvan a unirse en matrimonio, tengan libertad para señalar un nuevo régimen con respecto a los bienes y rentas que hayan de aportar.

Esto por lo que respecta al primer apartado. En cuanto al segundo, que dice que los bienes que se aporten se harán constar en escritura pública, como lo consigna así, de un modo tan absoluto, parece que se trata de una República, de un Estado en que todos los ciudadanos sean capitalistas, que todos tengan bienes, y hay que prevenir el caso de que no sea posible la escritura pública; por ejemplo, cuando se trata de obreros que sólo posean unos pequeños ahorros. Por lo tanto, debe consignarse que sólo será necesario formalizar la escritura pública, cuando se trate de bienes inmuebles o de grandes cantidades, y no en el caso de que sólo se aporten pequeñas sumas y bienes muebles. Por eso, aunque esto sea una minucia, creo que debe hacerse constar la aclaración en la disposición legal":

A ambos aspectos de la enmienda se opone, en nombre de la Comisión, el Sr. Baeza Medina, respecto al primero, por considerar que la situación de los bienes del matrimonio queda mejor garantizada si se mantiene en el segundo matrimonio el mismo régimen respecto a los bienes que tuvieron establecido los cónyuges en el primer matrimonio, evitando la posibilidad del divorcio fraudulento con la única finalidad de cambiar en un matrimonio posterior el régimen económico-matrimonial, y respecto al segundo, por ser la intención de la Comisión el que hubiera una manera fehaciente, ostensible, pública, de autenticidad, de fe indudable, de los bienes que aporten los cónyuges a este segundo matrimonio:

"... La Comisión no acepta la enmienda del Sr. Palet en las dos partes que comprende; es decir, en lo que se refiere al primer párrafo del artículo 24 y en cuanto afecta al segundo párrafo del mismo artículo.

La diferencia que existe entre la enmienda y el dictamen, respecto al primer párrafo, es la siguiente: que el dictamen obliga a los que contrajesen, después de divorciados, nuevo matrimonio entre sí, a que mantengan el mismo régimen respecto a los bienes que hubieran tenido establecido en el primer matrimonio, y el Sr. Palet, por el contrario, considera preferible que tengan una libertad completa para establecer el régimen que deseen. La Comisión ha considerado que de la misma manera que respecto a los hijos, cuando se contrae nuevo matrimonio, se adoptan limitaciones convenientes al interés de dichos hijos, deben también adoptarse determinaciones en este caso, en garantía y en seguridad del bienestar conyugal, porque podría suceder muy bien, Sr. Palet y Sres. Diputados, que un estímulo para ir al divorcio por parte de uno de los cónyuges fuese el procurarse,

por medio del nuevo matrimonio que contrajese con la misma persona, una situación de bienes que le favoreciese con relación a la primera; es decir, que esto equivaliese, en definitiva, a un contrato celebrado entre los cónyuges durante el matrimonio que se ha prohibido siempre por las leyes y que tiene un carácter inmoral. Nosotros consideramos preferible, y que ha de garantizar mas esa situación de los bienes del matrimonio, la obligación por parte de los que contrajeran nuevo matrimonio entre sí, de mantener el sistema de bienes que rigiese en el primer matrimonio.

En cuanto al segundo párrafo, el Sr. Palet argumentaba para corregir el dictamen de la Comisión de que los bienes aportados a este segundo matrimonio se hagan constar siempre por escritura pública, preguntando si nosotros nos habíamos imaginado que España era un país de capitalistas. Con objetar que este requisito de la escritura pública se refiere tan solo al caso de que se aporten bienes nuevos, puesto que cuando no los haya no hay por qué otorgar escritura pública, quedaría contestado suficientemente, a nuestro juicio, el argumento del Sr. Palet. Pero es que la Comisión ha querido que haya una manera fehaciente, ostensible, pública, de autenticidad, de fe indudable, de los bienes que aporten a este matrimonio ambos cónyuges, y no creo que el que sea necesario hacerlos constar en escritura pública, que origina bien pocos gastos, pueda ser un obstáculo tan fundamental y tan atendible como la que ha guiado a la Comisión de que se hagan constar los bienes de una manera fehaciente, puede ser motivo para que se corrija esa exigencia de la escritura pública".

En defensa de la enmienda del Sr. Palet interviene en su discusión la Srta. Campoamor que entiende que el texto del dictamen no hace sino recoger, sancionar o consagrar el principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones que informa nuestro Código civil, principio que no tardaría en decaer en nuestro Derecho al igual que ha decaído ya en otras legislaciones:

"... Sres. Diputados, yo lamento mucho, y además voy conociendo la inutilidad de tratar de que la Comisión sacrifique la rapidez a la aclaración de los argumentos; pero como considero mi deber, en aquellos casos que se han estimado como aspectos jurídicos, declarar, por lo menos, en defensa de una enmienda que considero buena, lo que pienso acerca del particular, allá va brevísimamente mi opinión, sin ánimo de influir en la Comisión, porque hasta ahora está demostrando que es completamente inútil pretender torcer su criterio, cualesquiera que sean las razones o consideraciones que se aporten.

La enmienda del Sr. Palet, en el primer aspecto, se refiere al principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones que informa nuestro Código Civil, principio napoleónico que ha sido abolido por las Constituciones más modernas; pero yo lo único que voy a hacer es limitarme a preguntar a la Comisión, porque no me gusta perder el tiempo, lo siguiente: ¿qué haría ese precepto, que arranca del proyecto, que se conserva en el dictamen, en el cual se declara eso mismo de la irrevocabilidad de las capitulaciones, traído de la ley cubana de Divorcio, en cuando a los cónyuges que vuelven a contraer matrimonio y les impone el mismo régimen de bienes que tenían en el anterior? ¿Qué haría la Comisión y que dice la Cámara y qué haría la ley, el día en que el principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones decaiga en nuestro Derecho, como decaerá, igual que ha decaído en todo el moderno Derecho alemán y en el suizo? No quiero hablar acerca de este principio, ni de las bases de él, porque habría quien me dijera que argumentaba en defensa de la mujer, cosa que no me preocupa ni me interesa; pero lo que sí quiero únicamente dejar afirmado es eso: la ley de Divorcio, al pretender modificar el Código civil, en muchos de sus aspectos, lo que hace es recoger, sancionar y consagrar este principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones, que, como digo, está en marcha para verse en breve plazo decaído en nuestra legislación, como en tantas otras".

Contestando a la Srta. Campoamor, señala el Sr. Baeza Medina que, si variara ese principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones, sucedería que, conforme al artículo 24 del dictamen, el último convenio que hubiera sobre los bienes antes de la disolución del vínculo sería el que tendría que regir en el segundo matrimonio:

"... Nuestra Compañera, la Srta. Campoamor, tildaba a la Comisión de rápida, y creo yo que quería decir de ligera, porque no meditaba lo suficiente para atender a aquellas

enmiendas, no decía votos particulares, que a juicio suyo lo merecían. Pero yo creo que es la Srta. Campoamor la que incurre en el defecto de no haber leído con detenimiento el artículo 24, porque entonces no habría hecho a la Comisión la pregunta que acaba de formular.

Dice el artículo 24: "Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí, volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiere ejecutado legalmente". Y este primer párrafo del artículo 24 da, a nuestro juicio, la respuesta a su pregunta. ¿Es que hay un régimen de bienes inalterable durante el primer matrimonio? Pues ya se sabe que el artículo 24 dice que durante el segundo matrimonio entre los mismos cónyuges tendrá que regir ese mismo sistema de bienes. Pero si ese principio inmutable que hoy existe para los bienes del primer matrimonio tiene variación, pues el mismo párrafo del artículo 24 da la respuesta, porque como tienen que regir las mismas reglas que antes de la separación, o sea el último convenio que hubiera sobre los bienes, este convenio sería el que rigiera para el segundo matrimonio. Esto es cuanto puedo contestar a la Srta. Campoamor:

Con razón había de señalar la Srta. Campoamor que el día en que se terminara con el principio de irrevocabilidad de las capitulaciones, la libertad sería plena para los contrayentes, cualquiera que fuese el matrimonio que concertasen, primero o segundo, y que, por lo tanto, lo que se sostiene por el Sr. Baeza Medina es el principio de la irrevocabilidad del convenio económico:

"... Ahora, cuando he oído al Sr. Baeza Medina, es cuando me afirmo más en lo que anteriormente decía, lo que él viene sosteniendo es eso, la irrevocabilidad del convenio económico, sea el primero o sea el segundo de los concertados durante el primer matrimonio. De forma, repito, que lo que se afirma en el dictamen es el principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones.

El argumento del Sr. Baeza Medina, al decir que podría aceptarse en el segundo matrimonio la última modificación, el último régimen que se hubiera seguido, es para mí incomprensible. El día en que se terminara con el principio de la irrevocabilidad de las capitulaciones, la libertad sería plena para los contrayentes, cualquiera que fuese el matrimonio que concertaron, primero o segundo. De aquí, pues, repito, que es afirmar de nuevo la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales, principio que, a mi juicio, no tiene tan gran vigor jurídico en la marcha progresiva del Derecho para sostenerlo aquí sin necesidad ninguna"

Para el Sr. Palet, que cierra la discusión de la enmienda por él suscrita, debe esta aceptarse porque lo esencial es el vínculo y lo que tiene menos importancia es lo de los bienes, el mantener el pacto matrimonial:

"... He de manifestar, en primer término, que al redactar esta enmienda ya se me había ocurrido lo de la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Y ahora, oído el reparo, tengo que decir que las razones expuestas por el Sr. Baeza Medina, en nombre de la Comisión, entiendo que no deben convencer, porque lo principal es lo de los bienes, el mantener el pacto o pactos matrimoniales, y que, en cambio, lo esencial, que es el vínculo, no tiene la menor importancia.

Muchas veces, cuando en estado de divorcio uno de los cónyuges, probablemente la mujer, ha aumentado su caudal, su fortuna, por una herencia, esta circunstancia de los bienes puede ser precisamente un impedimento para rehacer el estado matrimonial, porque no quiera aportarlos al acervo de gananciales si su marido es un dilapidador. En cambio, como que disuelto el vínculo por el divorcio, quedan el libertad, quizá entonces pueda ser hasta de común acuerdo para facilitar que la mujer pague con sus bienes las deudas del marido porque, lo que no puede hacer durante el matrimonio puede hacerlo después del divorcio; siendo evidente la inconsciencia del dictamen, pues durante el divorcio queda revocado lo que se ha estipulado en las capitulaciones matrimoniales y se hace revivir al volverse a casar.

Creo que debe aceptarse la enmienda, porque lo esencial es el vínculo y lo que tiene menos importancia es lo de los bienes.

En cuanto al apartado segundo, tampoco me convence lo manifestado por la Comisión. Yo entiendo que con la pequeña modificación propuesta quedaría razonadamente redactado el texto legal, desapareciendo su sentido absoluto, que no responde a la realidad":

En votación ordinaria, quedo desechada esta enmienda del Sr. Palet (Discusión de la enmienda

del Sr. Palet al artículo 24 del dictamen: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3880-3882).

A continuación quedó rechazada una enmienda del Sr. Gil y Gil al mismo artículo 24 del dictamen en que proponía, en primer lugar, la supresión total del artículo, y, caso de no estimarse esta propuesta, que se añadiera al texto del dictamen un párrafo de este tenor: "Lo prevenido en este artículo no se aplicará a los sometidos a legislaciones forales en las cuales no se prohíba a los ya cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales ni modificar las que ya hubieran otorgado" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 112, y Tomo VI, p. 3882).

(906) Discusión de la enmienda suscrita por el Sr. Palet proponiendo la adición de un nuevo artículo después del 27 del dictamen: Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3885-3886).

10.4. De los efectos del divorcio y de la separación de personas y bienes en cuanto a los alimentos (907):

La ejecutoria de divorcio o de separación de personas y bienes tiene igualmente consecuencias jurídicas en el tema de los alimentos:

El artículo 30 de la Ley de Divorcio consagra el principio de conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos:

"El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado.

Si el divorcio se decretase por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso" (908):

A su vez, el artículo 32 de la misma Ley señala:

"Los alimentos se reducirán o aumentará proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos" (909).

Respecto a las garantías del obligado a dar alimentos, el artículo 33 de la Ley de Divorcio dispone:

"El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir la hipoteca o fuesen insuficientes, el juez determinará según las circunstancias, las garantías que haya de prestar" (910).

El artículo 31 de la misma Ley trata de la cesación y transmisión del derecho a los alimentos:

"El derecho a los alimentos cesará por muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato.

La obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas cuando sean forzosos" (911).

El artículo 34 de la Ley de Divorcio consagra el propósito ya expresado en el preámbulo al proyecto de ley de divorcio de fortalecer los resortes de protección a los hijos y al cónyuge inocente, por cuya virtud se acoge en el mismo la figura delictiva de "abandono de familia", estableciéndose así en una ley sustantiva esta figura delictiva respecto del cónyuge divorciado o separado que deja, culpablemente, de proveer con los alimentos debidos al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, sanción punitiva que, sin embargo, se echa de menos en el caso del cónyuge que culpablemente desatiende y se despreocupa, constante matrimonio, del deber de atender a las necesidades de su prole y de su cónyuge. dispone este artículo 34 de la Ley de Divorcio:

"El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 ptas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión" (912).

Por último, el artículo 35 de la misma ley de Divorcio hace una remisión a las normas reguladoras del código civil en materia en todo aquello no prevista en la Ley especial. Dispo-

ne el artículo 35:

"En lo que no esté previsto en la presente ley, se aplicarán las disposiciones del título 6º, libro 1º, del Código civil" (913).

(907) Conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Divorcio: "La separación sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley" (Artículo 39 del proyecto de ley de divorcio y 36 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio: Este artículo 36 del dictamen se leyó y quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3889).

(908) Artículo 31 del proyecto de ley de Divorcio y 28 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 28 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886).

(909) Artículo 33 del proyecto de ley de divorcio y 30 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 30 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de Febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886):

"... Que resuelta la cuestión principal procede examinar otras dos secundarias que alegan en los recursos y que son, por parte de don Arturo B. la infracción del artículo 3º de la Ley de 29 de Julio de 1908, respecto a la cantidad señalada en la sentencia por alimentos..., que en forma alguna pueden prevalecer; la primera, porque los Tribunales gozan de absoluta libertad para señalar la pensión alimenticia, atendidas las necesidades del alimentista, y la situación económica del obligado a prestarla conforme al artículo 146 del Código civil y 32 de la Ley de Divorcio": Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1932 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1370-; "... Que facultado los Tribunales por el artículo 146 del Código civil para señalar la cuantía de los alimentos entre parientes en proporción a los medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, es claro que el Tribunal "a quo" no ha infringido el expresado artículo al fijar la pensión alimenticia que debe pagar don T.J.C.E. a su esposa doña F.S., para ella y sus hijos menores, y como esta Sala, si bien tiene competencia para resolver sobre el derecho a los alimentos, no la tiene para fijar su cuantía porque no puede entrar en cuestiones de hecho, resulta por esta consideración la improcedencia del recurso: Que tampoco la sentencia recurrida infringe el artículo 1451 de la Ley de Enjuiciamiento civil, modificado por Decreto de 16 de Junio de 1931, porque esta disposición se refiere al embargo de bienes, para lo cual está señalado el orden correspondiente; y en el caso presente se trata únicamente de fijar la cuantía de la pensión que en modo alguno puede estar subordinada al sueldo que actualmente disfrute el condenado a pagarla, puesto que pueden existir bienes con preferencia para el embargo o pagarla sin recurrir a éste; imponiéndose por todo ello la desestimación del recurso interpuesto": Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 913-:

Sobre este tema puede verse, asimismo, el Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 5 de Julio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1620-, que dispone:

Primero. Que el presente recurso de queja ha sido formulado por la Sala de Gobierno de la Audiencia territorial de Madrid por entender que existe una invasión de atribuciones, por parte del Ministerio de la Guerra, al disponer que retuviese a don A.S.S. de su sueldo menor



cantidad que la ordenada por el Juzgado como consecuencia del pleito sobre separación de personas y bienes existente entre doña M. del R.A. y aquél.

Segundo. Que la autoridad judicial compete, una vez admitida la demanda de separación, la facultad de fijar los alimentos que se deben pasar a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre, de acuerdo con lo dispuesto en el número 4º del artículo 44 de la Ley de divorcio vigente.

Tercero. Que únicamente dentro del procedimiento judicial puede intentarse la reforma de la providencia que señale alimentos en cuantía que se estime superior a la legal, y que, por consiguiente, el Ministerio de la Guerra, al disponer se retuviese del sueldo del Sr. Sanz menor cantidad de la fijada por el Juzgado, se excedió de sus funciones, pues reformó de hecho la providencia judicial que ordenaba fuesen retenidas 550 pesetas, no obstante el conocido principio de que el Tribunal que tiene competencia para conocer de un pleito la tiene para llevar a efecto las providencias que dictare en el mismo, sin que puedan modificarse éstas por la Administración, dado que a los Tribunales compete exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles.

Cuarto. Que, en virtud de lo expuesto en los Considerandos anteriores, es indubitable la existencia de una invasión de atribuciones por parte de la autoridad Administrativa.

(910) Artículo 34 del proyecto de ley de divorcio y 31 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 31 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886).

(911) Artículo 32 del Proyecto de ley de divorcio y 29 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 29 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886).

(912) Artículo 35 del proyecto de ley de divorcio y 32 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 32 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886).

(913) Artículo 36 del proyecto de ley de divorcio y 33 del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio: Este artículo 33 del dictamen quedó aprobado sin discusión alguna en la sesión del día 18 de febrero de 1932 -NUM. 118- (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VI, p. 3886):

El título VI del Libro I del Código civil, artículos 142 a 153, trata "de los alimentos entre parientes".

Cfr. Regla transitoria 6ª, inciso último, de la Ley de Divorcio.

11. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Problemas de Derecho Internacional Privado (914):

Aun cuando la Ley especial de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 no contiene ninguna norma de Derecho internacional privado que regule los divorcios y separaciones con algún elemento extranjero, son varios los problemas que se plantean en este punto, habiéndose de estudiar las soluciones de la doctrina jurisprudencial con relación a tres cuestiones fundamentales que a nivel de Derecho internacional privado suscita esta materia respecto a la determinación de la competencia de los Tribunales españoles -"conflicto de jurisdicciones"-, respecto de la legislación aplicable por los Tribunales españoles propuesta su competencia -"conflicto de leyes"- y, por último, respecto al reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio y separación.

No obstante, antes de entrar en el estudio de las cuestiones reseñadas, se hace necesario distinguir desde ahora dos conceptos que pueden dar lugar a dudas y que, sin embargo, son totalmente independientes, el problema de la competencia o no de los Tribunales españoles para conocer de un determinado asunto que habrá de solucionarse conforme a las normas relativas a la competencia jurisdiccional de determinado fuero o tribunal, y el de la legislación aplicable por los Tribunales españoles, una vez sentada su competencia, para fallar la cuestión litigiosa que habrá de solucionarse conforme a las teorías de los respectivos estatutos personales (915).

11.1. Criterios tomados en consideración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar la competencia de los Tribunales españoles en materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero -"soluciones jurisprudenciales al conflicto de jurisdicciones"-:

a) El domicilio como criterio de competencia judicial:

Al no existir en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 ninguna norma de competencia internacional, el criterio tomado por la doctrina jurisprudencial para determinar la competencia de los Tribunales españoles en esta materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero se funda, a tenor de los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la Ley de lo establecido en los artículos 1º y 41 de la Ley de Divorcio, concordante con el 47 de la misma, en el domicilio o residencia de los cónyuges en España, salvo que existieren tratados internacionales que, conforme al artículo 70 de la Ley Procesal Civil (917), regulasen especialmente el régimen jurisdiccional sobre esta materia, o se opusieren a ello normas consuetudinarias de reciprocidad internacional recibidas por el derecho interno español:

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935: Se trata de un matrimonio celebrado por súbditos ingleses, según la ley del país de origen, y ante el Consulado de su Majestad Británica en Santa Cruz de Tenerife, que es lugar de su domicilio real y legal, donde la esposa ejercita la acción de divorcio vincular al amparo de la legislación española vigente en materia, y en que, por hallarse en rebeldía el marido, compareció el Ministerio Fiscal alegando, en el acto de la vista, concluso el pleito para resolución, la incompetencia de los Tribunales españoles y la inaplicación de nuestras leyes internas al caso debatido, doctrina que recogió la Sala sentenciadora para rechazar el divorcio. El Tribunal Supremo basa la competencia de los Tribunales españoles en los siguientes razonamientos:

1º: De acuerdo con lo establecido en los artículos 1º de la Ley de Divorcio en relación con el 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 303 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (918) y el 41 de la Ley de Divorcio, concordante con el 47 de la misma, se somete a los Tribunales españoles la competencia para conocer de las demandas de divorcio que hayan de surtir efectos en matrimonios de extranjeros contraídos, según la legislación nacional, con domicilio y residencia en

España, cuando no existieren tratados-convenciones que regulen especialmente el régimen jurisdiccional sobre esta materia, ni se opongan a ello normas consuetudinarias de reciprocidad internacional recibidas por el derecho del país donde se promueve la interpelación judicial o contraríen manifiestamente las del país de origen en concepto de estatuto personal de ambos cónyuges cuando son connacionales.

2º: Que esta dirección es consecuencia de las modernas orientaciones que en tal materia de régimen de estado civil se ha acusado en la comunidad internacional, como la Convención de la Haya de 12 de Junio de 1902, que permite en su artículo 5º que la demanda de divorcio sea ejercitada ante la jurisdicción competente del lugar en que los esposos tengan su domicilio y que, aunque no fue signada por España, marca una evolución muy respetable en orden al derecho matrimonial como institución social trascendente.

3º: Que esta misma solución viene a adoptarse por la doctrina inglesa al mantener que la competencia de los Tribunales británicos en materia de divorcio está exclusivamente determinada por el domicilio de las partes en el momento de la interposición de la demanda:

"... Que se trata de un matrimonio celebrado por súbditos ingleses, según la ley del país de origen y ante el Consulado de su Majestad Británica en Santa Cruz de Tenerife, que es lugar de su domicilio real y legal, donde la esposa ejercita la acción de divorcio vincular al amparo de la legislación española vigente en la materia.

Que por hallarse en rebeldía el marido, compareció el Ministerio fiscal, que hubo de limitarse a una mera indicación genérica en forma de dictamen, para que se le tuviera por opuesto a la demanda en tanto no se justificasen debidamente los hechos aducidos en la misma y sólo en el acto de la vista, concluso el pleito para resolución, alegó la inaplica-

ción de nuestras leyes internas al caso debatido, doctrina que recogió la Sala sentenciadora para rechazar el divorcio, por lo cual puede afirmarse que experimentó la litis una evidente desviación procesal de contenido, toda vez que al invocarse el supuesto de competencia jurisdiccional bajo el que se desenvolvió el proceso de instancia agotado, no podía la parte que lo promovió justificar y defender con medios propios y pertinentes su posición legítima ante cuestiones nuevas de indudable trascendencia, como la de derecho internacional privado suscitada en el fallo recurrido; por lo cual es obligado que los litigantes, sin exclusión del Ministerio fiscal cuando deba intervenir, se ajusten a las normas rituarias que regulan el orden de proceder sobre el modo de contestar y excepcionar y en su caso reconvenir, única manera de que el debate judicial constituya un medio eficaz de protección jurídica, consiga la finalidad declarativa o constitutiva de derechos reclamado y se evite en suma la indefensión de los que acuden en demanda de justicia.

Que el artículo 1º de la Ley de 2 de Marzo de 1932, en relación con el 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 303 y siguientes de la Orgánica del Poder Judicial, someten a los Tribunales españoles la competencia para conocer de las demandas de divorcio que hayan de surtir efecto en matrimonios de extranjeros según su legislación nacional, cuando no existieren tratados-convenciones que regulen especialmente el régimen jurisdiccional sobre esta materia, ni se opongan a ello normas consuetudinarias de reciprocidad internacional recibidas por el derecho del país donde se promueve la interposición judicial o contraríen manifiestamente las del país de origen en concepto de estatuto personal de ambos cónyuges, cuando son connacionales, como acontece en el presente caso.

Que el artículo 41 de la ley española de divorcio, concordado con el 47, establecen el principio de que por regla general el domicilio del matrimonio determina la competencia del juez "a quo"; y esta dirección es consecuencia

de las modernas orientaciones que en tal materia de regimen de estado civil se han acusado en la comunidad internacional, como la Convención de la Haya de 12 de Junio de 1902, que aunque no fue signada por España marca una evolución muy respetable en orden al derecho matrimonial como institución social transcendente; y en esta impronta jurídica está calcula da la doctrina inglesa, al mantener desde hace largo tiempo y muy especialmente a partir de 1895 en el asunto "Le Mesurier" (A.C. 517) que la competencia de los Tribunales británicos en materia de divorcio está exclusivamente determinada por el domicilio de las partes en el momento de la introducción de la demanda, sin que se haga depender el éxito de ninguna otra circunstancia tales como la nacionalidad de los esposos, su domicilio en el momento de la celebración de las nupcias o el punto donde se hubiese originado la causa determinante del divorcio" (919).

b) El lugar de la celebración del matrimonio junto al domicilio como criterio de competencia judicial:

La doctrina del Tribunal Supremo viene a acoger en determinadas sentencias el criterio de ser España el lugar de la celebración del matrimonio y el del domicilio o residencia habitual de los cónyuges para determinar la competencia de los Tribunales españoles en esta materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero:

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1933: Se trata de un matrimonio celebrado en España entre española y extranjero (italiano), estableciendo su domicilio en territorio nacional, en donde se ejercita por la esposa la acción de divorcio vincular al amparo de la legislación española vigente en la materia, y habiéndose dado lugar al mismo se interpone por el marido demandado recurso de revisión por incompetencia de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del caso debatido. El Tribunal supremo basa la competencia de los Tribunales españoles en los siguientes razonamientos:

1º: Necesidad de someter a los Tribunales españoles la competencia para conocer de la disolución de un matrimonio celebrado en España entre española y extranjero, estableciendo su domicilio en el territorio nacional, de conformidad con los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no tanto por el carácter de orden público que los motivos de divorcio pudieran revestir, como por la necesidad pública de someter a la "lex fori" el problema debatido.

2º: Que ya la Convención para regular los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio firmada en La Haya el 12 de Junio de 1902 permite, en su artículo 5º, que la demanda correspondiente sea ejercitada ante la jurisdicción competente del lugar en que los esposos tengan su domicilio y que, aunque no fue asignada por España, marca un antecedente muy digno de tener en cuenta:

"... Que la jurisdicción ordinaria, a tenor de los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros; y que si bien estas normas parecen estar atenuadas por la excepción que algunos autores de Derecho internacional privado hacen con referencia a las cuestiones de estado civil, como son las relativas al matrimonio, ha de mantenerse en principio la competencia de los Tribunales requeridos para conocer de la disolución de un matrimonio celebrado en España entre española y extranjero, estableciendo su domicilio en territorio nacional, no tanto por el carácter de orden público que los motivos de divorcio pudieran revestir, como por la necesidad pública de someter a la "lex fori" el problema íntegro, a fin de que por su mediación se resuelvan, en primer término los llamados problemas de calificación y de declare como consecuencia inmediata cuál es la ley extranjera aplicable a la situación o relación jurídica en litigio, máxime

si se tiene en cuenta como antecedente, ya que no sea como ley vigente en España, que la convención para regular los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio firmada en La Haya a 12 de junio de 1902, permite en su artículo 5º que la demanda correspondiente sea ejercitada ante la jurisdicción competente del lugar en que los esposos tengan su domicilio" (920).

Este criterio de determinación de la competencia judicial aparece igualmente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1936: Se trata de un matrimonio celebrado en España entre española y extranjero (portugués), que tiene su domicilio en territorio nacional, en donde se ejercita por la esposa la acción de divorcio vincular al amparo de la legislación española vigente en la materia, y habiéndose dado lugar al mismo se interpone por el marido demandado recurso de revisión por incompetencia de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del pleito, siendo el recurso desestimado por el Tribunal Supremo que declara la competencia de los Tribunales patrios para entender de la demanda de origen del pleito de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Divorcio en relación con el 51 de la Ley Procesal civil, por cuya virtud no es posible declinar la jurisdicción en favor de los Tribunales portugueses sin pacto internacional que a ello obligue conforme, con las reglas del derecho internacional privado generalmente admitidas, máxime si se atiende a lo resuelto sobre el caso en la Convención de La Haya de 12 de Junio de 1902, tenida en cuenta como antecedente digno de estima por este Tribunal, que concede a la jurisdicción del lugar del domicilio de los cónyuges la competencia para entender de demandas de divorcio:

"... Que fundado el primer motivo del recurso en que los Tribunales españoles carecen de competencia para conocer del presente pleito, por ser el demandado súbdito portugués y por ende su esposa, que aunque de origen español, ha de seguir la condición de aquél, se hace preciso tener presente



para resolver el problema planteado, que los litigantes contra jeron matrimonio en España, el cual consta inscrito en el Registro civil de Carabanchel Bajo y que además tiene su domicilio en Madrid, donde el marido desempeña el cargo de profesor de idiomas, prestando sus servicios en la Escuela Superior de Guerra y en su virtud y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, mantenida, entre otras, en sus sentencias de 1º de febrero de 1933, 10 de julio de 1934 y 21 de febrero de 1935, debe declararse la competencia de los Tribunales patrios para entender de la actual demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Divorcio, en relación con el 51 de la procesal civil, que les atribuye el conocimiento de todos los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, por lo que no es posible como hoy se pretende, declinar la jurisdicción en favor de los Tribunales portugueses, sin pacto internacional que a ello obligue, conforme además, con las reglas del derecho internacional privado generalmente admitidas, lo que trae como consecuencia que el presente motivo de revisión no puede prevalecer, máxime si se atiende a lo resuelto sobre el caso, en la Convención de La Haya de 12 de Junio de 1902, que aunque no se siguió por España viene teniéndose en cuenta por esta Sala, como un antecedente digno de estima, ya que marca un rumbo sin duda acertado, en orden al problema que se debate, concediendo a la jurisdicción del lugar del domicilio de los cónyuges, la competencia para entender de demandas de divorcio" (921).

c) La nacionalidad junto al domicilio como criterio de competencia judicial:

En otras ocasiones, el criterio que sigue la doctrina jurisprudencial para determinar la competencia de los Tribunales españoles en esta materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero es el de la nacionalidad española de uno de los cónyuges junto al del domicilio o residencia habitual

de los mismos en España:

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 1935: Se trata de un matrimonio celebrado en París entre española y extranjero (inglés), domiciliados en España, en donde se ejercita por el marido la acción de divorcio vincular por la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y habiéndose dado lugar al mismo por la citada causa se interpone por la esposa demandada recurso de revisión por incompetencia de jurisdicción de los Tribunales españoles que, según la recurrente, no pueden atender en los asuntos de los extranjeros sino cuando les incumba conocer con arreglo a las leyes del Estado. El Tribunal Supremo basa la competencia de los Tribunales españoles en los siguientes razonamientos:

1º: Conforme al artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 41 de la Ley de Divorcio en relación con el 47 de la misma, se somete a los Tribunales españoles la competencia para conocer del divorcio de un matrimonio celebrado entre un extranjero y una española residentes en España.

2º: Que así se establece en el Derecho internacional privado al reconocer que la competencia de los Tribunales de cada nación y las cuestiones de procedimiento relacionadas se consideran de orden público y por consiguiente se hallan generalmente sometidas al principio territorial.

3º: Que en este sentido se pronunció la Convención de La Haya en 1902 que en materia de divorcios declaró que puede ejercitarse la acción ante los Tribunales del lugar en que los esposos tengan su domicilio:

"... Que conforme al artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, trasunto fiel del 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisdicción ordinaria será la única competente para poder conocer de los negocios civiles que se sustancien en territorio español entre españoles, entre extranjeros

y entre españoles y extranjeros, y por tanto es indudable que a tenor de este precepto y de lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Divorcio en relación con el 47 de la misma, para conocer del divorcio de un matrimonio celebrado entre un extranjero y una española residentes en España, son competentes los Tribunales del lugar en que los esposos tengan su domicilio, y así se establece en el Derecho internacional privado al reconocer que la competencia de los Tribunales de cada nación y las cuestiones con el procedimiento relacionadas se consideran de orden público y por consiguiente se hallan generalmente sometidas al principio territorial, y en igual sentido se pronunció la Convención de la Haya en 1902, que en materia de divorcios declaró que puede ejercitarse la acción ante los Tribunales del lugar en que los esposos tengan su domicilio" (922).

Con particularidades propias destaca la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1935: Se trata de un matrimonio celebrado en Barcelona entre española y extranjero (húngaro), con domicilio y residencia en aquella capital española, en donde se ejercita por la esposa la acción de divorcio vincular al amparo de la legislación española vigente en la materia, y habiéndose dado lugar al mismo se interpone por el marido demandado recurso de revisión por incompetencia de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del pleito. El Tribunal Supremo basa la competencia de los Tribunales españoles en los siguientes razonamientos:

1º: Que por un principio de igualdad y justicia internacional, de defensa de la legislación nacional y hasta casi la reciprocidad, si la legislación húngara consigna que "en los procesos matrimoniales de un ciudadano húngaro solamente será eficaz la sentencia de un Juez húngaro", y, de igual modo, se consigna en la misma en favor de la mujer húngara que "la persona de sexo femenino que hubiera sido húngara antes de celebrarse el matrimonio con un extranjero puede ejercitar contra su marido

la acción de nulidad del matrimonio ante el Juez húngaro cuando no ha seguido a su marido al extranjero después de la celebración del matrimonio", siendo éste el caso de la demandante que, casada con un ciudadano húngaro en España, no sólo no le ha seguido al extranjero sino que desde que se celebró el matrimonio tuvo constantemente su domicilio y residencia en España, es claro que la protección que en este caso otorga la ley húngara a la mujer húngara debe otorgarse por la ley española a la mujer española por nacimiento y residencia.

2º: Que ante los hechos particulares señalados en el caso debatido quedan desvanecidas las restricciones que el párrafo segundo del artículo 5º de la Convención de La Haya de 12 de Junio de 1902, teniendo en cuenta por nuestra jurisprudencia como antecedente, ya que no como ley vigente en España, pone al ejercicio de la acción de divorcio ante la jurisdicción competente del lugar en que los cónyuges han establecido su domicilio, aparte de la contradicción que supone el que una mujer española por nacimiento y residencia vaya a reclamar sus derechos ante un Tribunal de Budapest fijado en consideración a la nacionalidad del marido:

"... A la misma conclusión se llega examinando la legislación húngara, que el recurrente cita en su escrito, porque si bien la ley número 31 del año 1894 -no 1884 como en la contestación y el recurso se expresan- párrafo 114 se consigna que "en los procesos matrimoniales de un ciudadano húngaro sólomente será eficaz la sentencia de un Juez húngaro", en el artículo 3º párrafo 117 de la misma ley en la defensa de la mujer húngara se establece que "la persona de sexo femenino que hubiera sido húngara antes de celebrarse el matrimonio con un extranjero puede ejercitar contra su marido la acción de nulidad del matrimonio ante el Juez húngaro cuando no ha seguido a su marido al extranjero después de la celebración del matrimonio"; y como éste es el caso de doña A.S., que casada con un extranjero en Barcelona, ni ha seguido a su marido al extranjero, ni consta haya tenido

necesidad de seguirle, ya que el matrimonio desde que se celebró en 1918 tuvo constantemente su domicilio y residencia en aquella capital española, es indudable que por un principio de igualdad y justicia internacional, de defensa de la legislación nacional y hasta casi de reciprocidad, la demandante española antes de casarse con el demandado pudo ejercitar contra su marido ante Juez español la acción de divorcio, de menor trascendencia legal y familiar que la de nulidad del matrimonio, ya que no siguió a su marido al extranjero después de contraído el matrimonio, por lo que, en este caso, aun con arreglo a la ley de Hungría, no puede estimarse la incompetencia de jurisdicción alegada.

Además, que aunque el párrafo segundo del artículo 5º de la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902, tenido en cuenta por este Tribunal Supremo como antecedente, ya que no como ley vigente en España, pone algunas restricciones al ejercicio de la acción de divorcio, ante la jurisdicción competente del lugar en que los cónyuges han establecido su domicilio, puede afirmarse que, en el caso presente, aquellas restricciones se desvanecen ante los hechos particulares señalados en el Considerando primero y ante la protección que la ley húngara concede, como queda dicho, a la mujer húngara, protección que la jurisprudencia española procura otorgar a la mujer española, aparte de que la distinta situación constitucional de los cónyuges de nuestra patria no justifica o más bien contradice la exigencia de que una española por nacimiento o residencia vaya a reclamar sus derechos ante un Tribunal de Budapest, fijado en consideración al marido" (923).

---

(914) Cfr. Aguilar Navarro, M.: Derecho civil internacional, v. II, p. 327 ss., Madrid, 1975.

(915) Esta diferenciación del principio de competencia respecto de la norma a aplicar por los Tribunales españoles una vez sentada su competencia puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1354, Aranzadi, 1353-: "... Que en el presente divorcio no se trata de una cuestión de competencia entre Tribunales e italianos, ya que los Tribunales españoles tienen competencia conforme al artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil para conocer de toda cuestión que en nuestro territorio se suscite entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, y por ell

nuestros Tribunales no pueden declinar su jurisdicción en favor de los extranjeros, salvo cuando otra cosa se haya pactado en los Tratados internacionales, según el artículo 70 de igual ley, siendo tal principio de competencia independiente de cuantas leyes y reglas puedan ser aplicables por los Tribunales de España, conforme a las teorías de los respectivos estatutos, que es precisamente la cuestión del presente divorcio, esto es, si los Tribunales españoles, cuya competencia es indudable, deben o no aplicar al caso litigioso la ley española o la italiana por ser italiano el marido, sin que, además, la incompetencia de jurisdicción alegada por la mujer en su recurso pueda explicarse en cuanto a los Tribunales españoles, ya que fue ella la primera que se sometió y acudió a los citados Tribunales y sigue en su recurso afirmando y defendiendo su competencia".

(916) "La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros": Artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil (Este artículo 51 de la Ley Procesal civil de trasunto fiel del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870: Cfr. Nuevo Diccionario de Legislación, t. V, Nº 6437, p. 685, ed. Aranzadi, Pamplona 1976).

(917) "Las precedentes disposiciones de competencia, comprenderán a los extranjeros que acudieren a los Juzgados españoles promoviendo actos de jurisdicción voluntaria, interviniendo en ellos o compareciendo en juicio como demandantes o como demandados, contra españoles o contra otros extranjeros, cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las leyes del Reino o a los Tratados con otras potencias": Artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(918) Las disposiciones del capítulo II -Artículo 303 a 332- del título VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870 pasaron a ser el contenido de los artículos 56 al 59, 70, 71, 483 y 489 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Cfr. Nuevo Diccionario de Legislación, t. V, Nº 6437, p. 686, ed. Aranzadi, Pamplona 1976.

(919) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 440-.

(920) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1455-.

(921) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 480-.

(922) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2312-.

(923) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2345-.

11.2. Criterios tomados en consideración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la legislación aplicable en materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero presupuesta la competencia de los Tribunales españoles -"Soluciones jurisprudenciales al conflicto de leyes"-:

a) Estatuto personal de los cónyuges litigantes:

Según doctrina de Derecho internacional privado, y en armonía con el artículo noveno del Código civil (924), al ventilarse en esta clase de pleitos cuestiones que afectan a los derechos y deberes de familia y al estado de las personas, se aplica por nuestra doctrina jurisprudencial el estatuto personal de los cónyuges litigantes, por cuya virtud, al extranjero le acompaña su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país, teniendo los Tribunales españoles que sujetarse a dicha legislación del país de los contendientes, siempre que no contradiga los principios de orden público ni los intereses nacionales de España:

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1935: Siendo ambos cónyuges litigantes de nacionalidad alemana y habiéndose solicitado por la esposa el divorcio por la causa prevista en el artículo 1568 del Código civil alemán, se aplica por el Tribunal Supremo la ley nacional de los litigantes por la similitud de dicho precepto de la legislación alemana con la causa octava del artículo 3º de la Ley de Divorcio:

"... Que el análisis de los elementos de prueba aportados al juicio consistentes en escritos auténticos del marido, que revelan su desvío por su esposa y su apartamiento de ella y de los hijos; en documento oficial expresivo de que durante tres años le fue expedida al demandado aquella cédula personal figurando empadronado en el mismo domicilio que lo era de la señora con quien se le atribuyen relaciones íntimas, la cual, por cierto, parece que recibió equivocadamente y devolvió carta que uno de los hijos dirigió a su proge-

nitor; y en el testimonio de todos los hijos comunes mayores de edad coincidentes y contestes adverando las ausencias nocturnas frecuentes paternas del domicilio conyugal, su creencia de relaciones ilícitas con una señora y el completo abandono de la madre sin facilitarla cantidad alguna para atender a su subsistencia, llevan al ánimo la convicción formada por racional criterio y apreciar esas pruebas, de que el cónyuge varón olvidó elementales deberes impuestos por el matrimonio y desordenó profundamente la vida común.

Que corrobora el propio convencimiento advertir que el demandado aunque aduce la incerteza de los actos imputados por la esposa manifiesta su deseo de que se decreta el divorcio y después eludió sin justificarse la confesión judicial requerida, lo cual permite se le entiende conforme con aquellos hechos; pues esta actitud si por sí sola sería insuficiente para fundamentar su condena, reunida con los demás medios proporcionados la autorizan, puesto que hacen patente la realidad que éstos demuestran.

Que el artículo 1568 del Código civil alemán, legislación aplicable a estos cónyuges por la nacionalidad de ambos, designa como motivo de divorcio que el consorte haya faltado gravemente a los deberes que impone el matrimonio o causado tan profundo desorden en las relaciones vinculares por su conducta deshonrosa o inmoral que al otro consorte imposibilite la continuación de la vida matrimonial; y cuyo precepto, contenido virtualmente en la causa octava de nuestra ley de 2 de marzo de 1932, ampara la demanda, ya que implica falta grave del esposo de desatención de su deber de alimentar y supone sin duda conducta enmarcada en aquellas características su vida fuera del hogar familiar con relaciones dudosas extramatrimoniales.

Que por lo razonado, al decidir el Tribunal de instancia, no encontrar justificados los motivos que para instar el divorcio se manifestaran, incidió en el error e injusticia



que significa apreciar inadecuadamente las pruebas en modo que se ha producido, con infracción de normas de lógica, evidente pugna entre la resultancia clara de lo actuado y lo decidido por lo cual debe estimarse el recurso utilizado con sus consiguientes efectos" (925).

En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de Febrero de 1934 se excusa del deber que incumbe a la parte que se acoge a la ley de su país de probar como una mera cuestión de hecho la existencia, vigencia y aplicación al caso litigioso de la legislación que solicita si ambas partes están conformes en tan importante punto de hecho: Siendo ambos cónyuges de nacionalidad francesa solicitado por la esposa el divorcio por la causa prevista en el artículo 231 del Código civil francés que establece como causa del mismo los excesos, sevicias e injurias graves, tal afirmación no sólo no se impugna por el marido demandado sino que, antes bien, la corrobora y ratifica haciéndose cargo de ella en su contestación, y estando ambas partes conformes en tan importante punto de hecho, no es lícito suscitar después controversia sobre esta cuestión tal y como hace el Ministerio fiscal en el acto de la vista al solicitar se declare incompetente la Sala para aplicar la legislación francesa, petición que se acoge en la sentencia de instancia por el Tribunal "a quo" fundándose en que en los autos no se ha justificado la existencia de la ley francesa, y teniendo en cuenta que lo dispuesto en el citado artículo 231 del Código civil francés, aceptado por los litigantes, es concordante con el último apartado de la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, al no contradecir tal precepto de la legislación francesa los principios de orden público ni los intereses nacionales, es evidente su aplicación al caso debatido:

"... Que de la extensa prueba practicada en este pleito aparecen plenamente probados los hechos en que la actora basa su demanda sin que deje lugar a duda de ningún género la realidad de los malos tratamientos que con reiteración le infirió su esposo, tanto de palabra como de obra, con notorio

carácter de gravedad, alcanzando en algunas ocasiones a los familiares de la víctima, incluso a la misma madre al acudir a interceder en favor de su hija al verla golpeada por el marido.

Que por tratarse de un matrimonio de nacionalidad francesa, es de aplicación, conforme a los principios del derecho internacional privado, en armonía con el artículo 9º del Código civil y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, el estatuto personal de los litigantes por cuanto en el pleito se ventilan cuestiones que afectan a los derechos y deberes de familia y al estado de las personas, en cuya virtud, sólo las leyes de su país tienen para los cónyuges fuerza de obligar, teniendo los Tribunales españoles que sujetarse a dicha legislación del país de los contendientes, siempre que no contradiga los principio de orden público ni los intereses nacionales de España.

Que declarado como ha sido repetidamente por este Tribunal Supremo ser una cuestión de hecho la vigencia de las leyes extranjeras invocadas por los litigantes del país en que fueron dictadas, forzosamente han de tenerse presentes las leyes nacionales para la debida aplicación de las reglas de procedimiento en orden a la justa valoración de las alegaciones y probanzas, así como a los trámites y solemnidades rituarias, y partiendo de esta doctrina, necesario será tener en cuenta que sólo los hechos contradictorios pueden ser objeto de las pruebas, hallándose excusados de este importantísimo trámite aquellos que han sido aceptados por las partes o que no han sido combatidos ni objeto de controversia.

Que por haberse invocado por la parte .actora en el tercero de los fundamentos de deresho de la demanda, el artículo 231 del Código civil francés, diciendo que establece como causa de divorcio, los excesos, sevicias e injurias graves, y no habiéndose impugnado en forma alguna por el demandado esta afirmación, antes bien, la corrobora y ratifica al hacer-

se cargo de ella en el tercer fundamento de derecho del escrito de contestación a la demanda, es visto que ambas partes se hallan absolutamente conformes en tan importante punto de hecho sobre el que habría de resultar innecesaria toda ulterior probanza.

Que la doctrina sentada en el precedente Considerando se halla establecida por este Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de Julio de 1895 al entender que aceptado por las partes, sin determinadas disposiciones legales citadas por la demandante en apoyo de sus pretensiones, no es lícito suscitar después esta cuestión; y se tiene en cuenta que lo dispuesto en el citado artículo 231 del Código civil francés, aceptado por los litigantes, es concordante con el último apartado de la causa 7ª, artículo 3º, de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, evidentemente tal precepto de legislación extranjera no contradice los principios de orden público ni los intereses nacionales, debiendo tener en este caso cumplida aplicación en España.

Que por los razonamientos que anteceden es procedente el interpuesto recurso y debe declararse haber lugar al solicitado divorcio de doña R. y don E., así como a estimar la culpabilidad del marido" (926).

Según cabe deducir de lo expuesto hasta ahora, el estatuto personal sigue a la persona en tanto en cuanto la persona interesada lo invoque y acredite en el juicio, primero, la existencia de la legislación que solicita, segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación al caso litigioso (927), salvo que, por estar conformes ambas partes en tan importante punto de hecho, resulte innecesaria toda ulterior probanza, por ser sólo objeto de prueba aquellos hechos contradictorios excusándose de este trámite los que han sido aceptados por las partes o no han sido combatidos ni objeto de controversia, pero, como se había de declarar por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9 de Enero de 1936, es manifiestamente injusta la senten

cia que "de oficio" y fundándose en los artículos noveno y veintidos del Código civil, por nadie invocados en el pleito, y en el estatuto personal del marido, de nacionalidad alemana, que éste no defendió al ser declarado en rebeldía, declara no haber lugar al divorcio solicitado por la mujer, de nacionalidad española, que se acogió a su demanda a la legislación y Tribunales españoles, por no haberse probado que las leyes de Alemania admitían como causa de disolución matrimonial las justificadas en el pleito, ya que de oficio no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que implicando verdaderas excepciones no hayan sido alegadas por los litigantes, siendo, en consecuencia de aplicación al caso debatido la legislación española:

"... Que tratándose de un divorcio de matrimonio canónico celebrado en Barcelona entre española y alemán, en el que la mujer al solicitar aquél se acoge a la legislación y Tribunales españoles, el marido por incomparecencia en el juicio es declarado rebelde, situación procesal que conserva en todo el pleito y el Ministerio fiscal no sólo no alega legislación alguna extranjera, sino que en su contestación a la demanda estima de aplicación la española que en la demanda se cita, es manifiesta la injusticia notoria en la sentencia recurrida que de oficio y fundándose en los artículos noveno y veintidos del Código civil por nadie invocado y en el estatuto personal del marido que éste no defendió declara no haber lugar a decretar el divorcio pedido por la mujer "por no haberse probado que las leyes de Alemania admitían como causa de disolución matrimonial las que en el pleito han sido justificadas", injusticia evidente en la aplicación del derecho, porque de oficio no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que implicando verdaderas excepciones no hayan sido alegadas por los litigantes; porque si bien el estatuto personal sigue a la persona, es en tanto en cuanto esta persona interesada lo invoque o reclame ante los Tribunales, pero no cuando hace abandono o dejación de aquél en asunto contencioso, quedando a salvo en este caso el amparo de los principios de los artículos 951 a 954 de

nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil concede a los extranjeros condenados en rebeldía en España; porque incurre en contradicción la sentencia recurrida al firmar en su tercer considerando, que nada se ha probado sobre las leyes vigentes en Alemania respecto al divorcio y fallar en cuanto al fondo desestimándolo, como si en la legislación alemana no existieran las causas de divorcio alegadas en la demanda, sin advertir además que aquella prueba era legal y procesalmente imposible en un pleito en el que no se había pedido más aplicación que la de la legislación española y porque la sentencia de esta Sala de 1º de febrero de 1934 que la Audiencia invoca en su segundo Considerando, resolvió un caso diametralmente opuesto al presente, ya que se trataba de un matrimonio de nacionalidad francesa en que ambos cónyuges estaban conformes en el capital extremo de que se aplicara el artículo 231 del Código civil francés, concordante en el último apartado de la causa séptima del artículo 3º de nuestra ley de Divorcio "sevicia e injurias graves" que esta Sala, sin necesidad de otra prueba, aplicó.

Que por lo expuesto, la legislación aplicable al divorcio en cuestión es la española, única invocada en el pleito, estando plenamente justificada según la propia sentencia recurrida declara, todas las causas invocadas en la demanda, pero especialmente la cuarta -desamparo de la familia sin justificación- y la octava -conducta inmoral y deshonrosa del marido-; aquélla, porque según todos los testigos, el marido no sólo incumplió frecuentemente su esencial obligación de facilitar alimentos a su mujer e hijos, sino que a partir del verano de 1929 se inhibió de aquel deber de una manera total, hecho corroborado por la declaración del Director del Colegio Alemán en Barcelona, que afirma que compadecidos de la situación de miseria de la demandante y el interés de ésta de educar a sus hijos, admitieron en el Colegio los dos del matrimonio, pagando la tercera parte de cuota, que satisfacía aquella con el dinero que su madre le facilitaba, reconociendo la autenticidad del recibo presentado en autos;

y la octava por su vida licenciosa agravada por su constante estado de embriaguez que hacía insostenible para la mujer la vida matrimonial, debiéndose por tal prueba estimar la existencia de aquellas causas, entrando a resolver el fondo del asunto, ya que la Audiencia así lo hizo al declarar "no haber lugar a decretar el divorcio solicitado", cuyo fallo debe revisarse" (928).

b) Recursos utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para declarar de aplicación el derecho español aun en los casos en que conforme al artículo noveno de nuestro Código civil procedía aplicar otro derecho:

Aún cuando el artículo noveno del Código civil no exige en una interpretación restrictiva que los Tribunales españoles se acomoden a los Códigos de otros países para fijar los derechos de los extranjeros, hemos visto cómo, en armonía con dicho artículo y la doctrina de Derecho internacional privado, se aplica por nuestra doctrina jurisprudencial, al ventilarse en esta clase de pleitos cuestiones que afectan a los derechos y deberes de familia y al estado de las personas, el estatuto personal de los cónyuges litigantes, por cuya virtud al extranjero le acompaña su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país cuando esto no se oponga a los principios de orden público y a los intereses de la nación en que formula sus reclamaciones:

No obstante ello, y con el objeto de facilitar en la mayoría de los casos el divorcio o la separación solicitados, el estudio de la jurisprudencia de esta época confirma la tendencia del Tribunal Supremo a la aplicación de la ley española como "lex fori" aun en los casos en que los cónyuges o alguno de ellos fueran extranjeros:

El argumento o fundamento principal de esta tendencia hacia la identificación entre "forum" y "jus" se basa en la falta de alegación y prueba del derecho del país del litigante

cuya aplicación se pretende, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1935: Se trata de un matrimonio celebrado en Barcelona entre española y extranjero (húngaro), con domicilio y residencia en aquella capital española, en donde se ejercita por la esposa la acción de divorcio vincular al amparo de la legislación española vigente en la materia, y habiéndose dado lugar al mismo se interpone por el marido demandado recurso de revisión por incompetencia de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del pleito que, en todo caso, debían haber fallado el caso debatido conforme a la legislación húngara, siendo su recurso desestimado por el Tribunal Supremo por no haberse acreditado en el juicio la existencia, vigencia y su aplicación al caso del derecho extranjero cuya aplicación se pretendía:

"... Que son hechos acreditados plenamente en el juicio y de indudable eficacia para el fallo que el matrimonio entre la demandante y el demandado se celebró en Barcelona en 1918, aceptando la forma de canónico; que se inscribió en el Registro civil de la misma capital sin que aparezca inscrito en el Consulado de Hungría en Barcelona; que desde la indicada fecha los cónyuges vivieron y tuvieron su domicilio en la misma ciudad y que en ella nacieron los dos hijos del matrimonio, cuyo nacimiento tampoco consta inscrito en aquel Consulado; que en cuanto a doctrina, tiene declarado esta Sala más de una vez que para aplicar el derecho extranjero por los Tribunales españoles es necesario que quien lo invoque acredite en el juicio; primero, la existencia de la legislación que solicita; segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación al caso litigioso, ninguno de cuyos requisitos se ha cumplido en el presente caso, porque sólo hay en el pleito a los efectos de aplicación de la legislación húngara un certificado del Cónsul general de Hungría en Barcelona, haciendo constar que el demandado es súbdito de Hungría y está inscrito en el Consulado, así como su esposa y las dos hijas; y si bien, como se dice en el recurso, se propuso por el demandado en el Juzgado prueba pericial consistente

en que un letrado de Barcelona dictaminara sobre la competencia exclusiva del Tribunal húngaro para la eficacia del divorcio, y del Tribunal de Budapest para entender de él, esta prueba, en primer lugar, fue desestimada por impertinente y contra la resolución que la rechazó no formalizó recurso alguno el marido; en segundo término, los dos extremos que integraban aquella prueba no contenían ni siquiera se aludía en ellos precepto ni ley alguna de Hungría en que basar el informe que se pedía, y por último la existencia y vigencia de una legislación extranjera se acredita más que por dictamen de un letrado español por testimonio conforme de los jurisconsultos del país respectivo aportado a los autos, sin que pueda con éxito alegarse en el presente caso que la mujer demandada aceptó explícita o implícitamente la legislación húngara, ya que invocada ésta por el marido demandado en su contestación, sin formular reconvencción, no podía aquélla procesalmente rechazarla ni era necesario desde el momento en que acudió a los Tribunales españoles formulando el divorcio, siendo por el contrario más de estimar que a su aplicación se opuso por las razones con que combatió la admisión de la prueba pericial, ni las sentencias de esta Sala de 9 de Julio de 1895 y 1ª de febrero de 1934 que se citan en el recurso tienen relación con el presente caso, ya que ambos resuelven juicios en que ambas partes litigantes estuvieron conformes y aceptaron expresamente en el pleito la existencia, vigencia y aplicación de una ley extranjera para su resolución lo que evidentemente hace innecesaria toda ulterior probanza sobre tales extremos, como aquellas sentencias declaran" (929).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1933, en que se trata de un matrimonio celebrado en España entre española y extranjero (italiano), estableciendo su domicilio en territorio nacional, viene a aplicarse igualmente al caso que se discute la legislación española en detrimento de la ley nacional del marido demandado basándose por ello tanto en que no se ha acreditado como fuera procedente por la parte



interesada en cuanto a la legislación, lo que se refiere a las leyes vigentes y extensión de sus preceptos en los casos de matrimonio y de divorcio entre italianos y extranjeros, como basándose en la doctrina de los tribunales italianos según la cual, en atención a la ley prohibitiva del divorcio que rige en Italia, no se puede otorgar el divorcio a un extranjero que contraiga matrimonio con persona de aquella nación, aunque el primero sea de país donde las leyes reconozcan el divorcio, aplicando el mismo principio en España, por vía de reciprocidad e invirtiendo los términos en el planteamiento de la cuestión, cuando una persona española, casada con un italiano, ejercite ante los Tribunales españoles la acción de divorcio se hace preciso reconocer, que de igual modo que los Tribunales italianos en los matrimonios de nacionales con extranjeros aplican su legislación para juzgar y resolver las cuestiones que sobre este particular les son sometidas, deben los Tribunales españoles aplicar al divorcio de las españolas casadas con italianos la legislación nacional:

"... Que hay que dejar consignado como antecedentes necesarios para deducir de ellos la legislación aplicable a este caso, primero: que el matrimonio se contrajo en San Sebastian y en esta población fijaron su residencia los esposos como domicilio conyugal; segundo: que la mujer era española, sin que nunca haya salido de España; tercero: que aunque el marido dice que es italiano y por tal se le tiene en el sentencia, por no haber sido ello motivo de controversia, es lo cierto que el documento por él aportado a los autos al contestar la demanda en comprobación de este particular, es un certificado de nacionalidad, expedido al parecer por el Consulado de Italia en Bilbao, sin garantía de ningún género que acredite su autenticidad, en el que se hace constar que el recurrente Migliaccio G.S. nació en Alessandria d'Egitto, si bien dice que está domiciliado en San Sebastian (España) y que es de nacionalidad italiana; cuarto: que ha residido en distintas naciones, según parece, sin que conste en autos la justificación debida de su personalidad; y dando por admitido

que sea de nacionalidad italiana, no ha acreditado como fuera procedente en cuanto a su legislación, lo que se refiere a las leyes vigentes y extensión de sus preceptos en los casos de matrimonio y de divorcio entre italianos y extranjeros, ya que lejos de invocar textos legales sobre los cuales se fundaran sus aseveraciones no hay ningún precepto, ni más que alegaciones vagas, que no pueden en modo alguno inducir a aplicación de otra ley distinta de la de la española al caso que se discute.

Que así, lo que es necesario para resolver este recurso se atiende al criterio inspirador de la doctrina de los tribunales italianos, no sería difícil recordar sentencias de los tribunales de casación de Turín y de Roma, según las cuales el extranjero que contrae matrimonio en Italia reconoce implícitamente los preceptos de la ley matrimonial italiana y se somete a ella de una manera necesaria, aceptando en su consecuencia el absoluto precepto del artículo 148 del Código civil italiano, a cuyo tenor un matrimonio contraído en Italia, sólo puede ser disuelto por la muerte, así como el artículo 56 del mismo texto legal, en cuya virtud, cualquier italiano legado por un matrimonio contraído, no puede celebrar un segundo matrimonio; que así a los extranjeros, según el artículo 3º del expresado Código se les confieren los mismos derechos que a los nacionales, con los derechos surgen los deberes, y sería absurdo que el legislador italiano cuando se refiera a los extranjeros les confiriese mayores derechos que a los propios súbditos; que no hay, por lo tanto, ninguna duda de que este juzgador, en atención a la ley que rige en Italia y sobre las mismas bases, nunca está autorizado para decretar el divorcio entre súbditos italianos y tampoco entre extranjeros que hayan contraído matrimonio en Italia; ya que el vínculo matrimonial que los últimos han formado en esta nación en observación a la ley italiana y bajo su tutela, debe ser regulado en todas sus consecuencias por las mismas leyes que no conceden otra solución que la muerte; y en fin, que el extranjero puede en su nación, cuando las

leyes se lo permiten, reclamar la disolución del matrimonio allí contraído y puede también en los países que admiten el divorcio vincular contraer un nuevo matrimonio, pero no puede reclamar de los jueces italianos esa disolución, porque la "lex fori" se lo prohíbe, como tampoco puede contraer nuevo matrimonio, ni tan siquiera utilizar la certificación de la sentencia de divorcio para hacerla constar al margen del acta matrimonial invalidando su fuerza legitimadora, porque en Italia el matrimonio una vez contraído produce efectos para toda la vida.

Que el criterio sustentado en la sentencia de los Tribunales italianos a que se alude en el Considerando anterior, por vía de reciprocidad e invirtiendo los términos en el planteamiento de la cuestión, es indudable que si en Italia no se puede otorgar el divorcio a un extranjero que contraiga matrimonio con persona de aquella nación, aunque el primero sea de país donde las leyes reconozcan el divorcio, aplicando el mismo principio en España, donde la ley da validez al divorcio, cuando una persona española, casada con un italiano justifique ante los Tribunales que concurren alguna de las causas establecidas en la Ley de Divorcio para que éste se decrete, puede y debe otorgarse; y en tal sentido se hace preciso reconocer, que de igual modo que los tribunales italianos en los matrimonios de nacionalidades con extranjeros han aplicado su legislación para juzgar y resolver las cuestiones de orden jurídico que sobre este particular les fueron sometidos, deben los tribunales españoles aplicar al divorcio de las españolas casadas con italianos la legislación nacional; y en su consecuencia, hay que desestimar la primera causa motivadora de este recurso" (930).

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934, se aplica al caso litigioso la ley española, tanto por la voluntad expresa de los cónyuges litigantes, conforme ambos en que se resolviera su divorcio por la ley española, única que invocaron en sus respectivos escritos y alegaciones,

como por no haberse alegado y menos probado por el Ministerio fiscal al interesar en el acto de la vista ante la Audiencia la desestimación de la demanda por ser el demandado súbdito italiano y no ser de aplicación para él la legislación española conforme al artículo noveno del Código civil, el derecho material italiano, esto es, las leyes vigentes y los preceptos reguladores del divorcio entre italianos:

"... Hay que tener en cuenta el hecho esencial de que estando ambos litigantes conformes en que se resolviera su divorcio por la ley española única que invocaron en sus respectivos escritos y alegaciones, fue el Ministerio Fiscal el que, no al contestar la demanda ni durante la tramitación del pleito en el Juzgado, sino en el acto de la vista ante la Audiencia, "interesó la desestimación de la demanda, por ser el demandado súbdito italiano y no ser de aplicación para él la legislación española, conforme al artículo noveno del Código civil", sin añadir más preceptos legales, sin apreciar la legislación aplicable ni invocar disposición de la italiana en que fundar su petición, ni recurrir de la sentencia en que la Audiencia, al fallar desestimando la demanda, reconoce indirectamente su competencia, y no habiéndose alegado y menos probado el derecho material italiano, esto es, las leyes vigentes y los preceptos reguladores del divorcio entre italianos, procede declarar que la ley aplicable, tanto por la voluntad expresa de los cónyuges como por no haberse alegado otra, es la ley española" (931).

A su vez, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935, se toma el domicilio de los cónyuges litigantes como único fundamento para determinar la aplicación de la "lex fori" al caso debatido, en que se trata de un matrimonio celebrado por súbditos ingleses según la ley del país de origen y ante el Consulado de su Majestad Británica en Santa Cruz de Tenerife, que es lugar de su domicilio real y legal:

"... Que si la competencia de los Tribunales españoles es

evidente para conocer del caso de autos, nó lo es menos la aplicación de nuestra ley interna a cuya petición buscó amparo la mujer demandante, autorizada por el fuero de su domicilio, de conformidad con la doctrina expuesta, cuya influencia es primordial, por específica, sobre las reglas genéricas del estatuto personal de origen; y en este sentido la sentencia recurrida es notoriamente injusta por inaplicación de preceptos legales de observancia, que implica denegación de justicia y por lo tanto procede anular aquella decisión para reenvío del pleito al Tribunal "a quo", a fin de que, reponiendo los autos al trámite de fallo, dicte la pertinente por subsunción bajo el derecho español vigente, habida cuenta de las resultancias de hecho que en aquéllos constan, porque este Supremo Tribunal no puede hacer pronunciamiento material alguno respecto a la subsistencia o ruptura del vínculo, sin que hubiera recaído antes la resolución congruente de instancia sobre tan imprescindible extremo, que es precisamente el motivo fundamental del debate litigioso" (932).

(923) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2345-.

(924) "Las leyes relativas a los derechos y deberes de la familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero": Artículo noveno del Código civil español.

(925) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 1366-.

(926) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 227-.

(927) "... Que por ello procede penetrar en el fondo del asunto, sometiénolo a la ley de Divorcio española, toda vez que no se ha reclamado la aplicación del estatuto personal al caso presente, ni por tanto se ha acreditado cual sea la legislación portuguesa vigente en la materia": Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 480-.

(928) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1936 -Repertorio de Jurisprudencia 1936, Aranzadi, 49-.

(929) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2345-.

Así, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 2312-: Se trata de un matrimonio celebrado en París entre española y extranjero (inglés), domiciliados en España, en donde se ejercita por el marido la acción de divorcio vincular por la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, y habiéndose dado lugar al mismo por la citada causa se interpone por la esposa demandada

recurso de revisión por incompetencia de jurisdicción apoyándose en que los Tribunales españoles no pueden entender en los asuntos extranjeros sino cuando les incumbe conocer con arreglo a las leyes del Estado, y habiéndose establecido la competencia de los Tribunales españoles para conocer del caso litigioso, viene a aplicarse el caso en litigio la legislación española en detrimento de la ley inglesa por cuanto si bien se trajo a los autos justificación de que con respecto al matrimonio civil admite el divorcio la legislación inglesa, no así que ésta establezca como causa de divorcio hechos análogos a los contenidos en la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio, única causa en que se apoya la demanda:

"... Que si bien el artículo noveno del Código civil no exige que los Tribunales españoles se acomoden a los Códigos de otros países para fijar los derechos de los extranjeros, es doctrina también de derecho internacional privado, que al extranjero le acompaña su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país cuando esto no se oponga a los principios de orden público y a los intereses de la nación en que formula sus reclamaciones; pero la jurisprudencia de esta Sala tiene sentado a su vez que a la parte litigante que se acoja a la ley de su país le incumbe probar su existencia como una mera cuestión de hecho, y en este pleito, si bien se trajo a los autos justificación de que con respecto al matrimonio civil admite el divorcio vincular la legislación inglesa, no así que ésta establezca como causa de divorcio hechos análogos a los contenidos en la duodécima del artículo 3º de nuestra ley, única causa en la que se apoya la demanda, lo cual impide que pueda aplicarse al caso de autos otra ley que no sea la española".

(930) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1933 -Repertorio de Jurisprudencia 1932-1933, Aranzadi, 1455-.

(931) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1353-.

(932) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1935 -Repertorio de Jurisprudencia 1935, Aranzadi, 440-.

11.3. Reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio y separación:

Respecto a la fuerza obligatoria extraterritorial de sentencias extranjeras en materia de divorcio y separación con sus atributos de imperio, autoridad y jurisdicción en calidad de "ius receptum" en nuestro país durante la vigencia de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 se supedita a que por la parte interesada se haya solicitado y obtenido la previa declaración del "exaquetur", según lo dispuesto en la Ley Procesal civil respecto a las condiciones y procedimiento que en la misma se establece (933): La necesidad del "exequatur" deviene así en instrumento de control por parte de nuestros Tribunales respecto a las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros en esta materia para su eficacia en calidad de "ius receptum" (934).

---

(933) Cfr. Libro II, título VIII, Sección 2ª -"De las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros"- de la Ley Procesal civil: Artículo 951 a 958.

(934) "... Que opuesta la excepción perentoria de cosa juzgada, con fundamento en el fallo emitido por los Tribunales civiles de la República de Cuba, anterior al planteamiento del pleito de autos, a virtud del cual se decretó el divorcio vincular de los cónyuges ahora litigantes, es notorio que carece de viabilidad procesal, porque en el trámite de este litigio no es dable examinar la fuerza obligatoria extraterritorial de dicha sentencia extranjera con sus atribuciones de imperio, autoridad y jurisdicción en calidad de "ius receptum", sin la previa declaración del "exaquetur", que no consta haberse solicitado y obtenido, según determinan los artículos 955 y siguientes de la ley Rituaria, ni mucho menos registrados los efectos de estado consiguientes": Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 1934 -Repertorio de Jurisprudencia 1934, Aranzadi, 1847-.

12. La Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Juicios críticos.

Una vez aprobada por las Cortes Constituyentes la Ley de Divorcio, publicada en la "Gaceta de Madrid" del día 11 de Marzo de 1932 (935), creemos de interés incorporar a la tesis, juicios críticos, impresiones de la Ley, realizados por eminentes juristas y parlamentarios que intervinieron activamente en la elaboración de la misma, así como la reacción de los metropolitanos españoles ante el establecimiento del divorcio en nuestra legislación reflejada en el documento dirigido a los fieles sobre matrimonio civil y canónico de 25 de Julio de 1932:

En los mismos, como podrá observarse, late las distintas actitudes de los comentaristas en torno al principio de la indisolubilidad del matrimonio y su postura ante la institución jurídica del divorcio civil, y en ellos, podemos decir, se condensan los diversos argumentos en pro y en contra de divorcistas e indisolubilistas deducen en defensa o rechazo de la institución jurídica del divorcio civil.

a) Comentarios a la Ley de Divorcio de D. José Franchy y Roca, Diputado y ex-fiscal General de la República:

"Los católicos no admiten el divorcio vincular porque para ellos el matrimonio es un sacramento indisoluble. Pero el Estado es ajeno, extraño, indiferente a las creencias religiosas, individuales; sus leyes regulan las relaciones de los hombres como tales y no en cuanto pueden ser feligreses de una determinada Iglesia.

Están en su derecho los católicos para rechazar el divorcio; lo está también el Estado para establecerlo. Lo que no pueden decir aquéllos con razón es que el divorcio es una imposición legal que violenta su fé. La ley les faculta, pero no les obliga a divorciarse. Quien se crea ligado por ley a indivisibilidad del vínculo conyugal que contrajo, dueño es



de atenerse a ese deber durante toda su vida; lo inadmisible, por excesivo, es que pretenda imponer igual deber a los demás.

Hay que prescindir del prejuicio religioso y considerar el matrimonio desde un punto de vista puramente humano. Nada a este propósito tan preciso y claro como estas palabras de Alfredo Calderón: "Matrimonio es aquella unión del varón con la hembra, de tal y tan absoluta intimidad, que forma entre ellos como una personalidad común. Mientras el matrimonio así entendido subsiste, dicho se está que no hay divorcio. Tan luego como el matrimonio así entendido deja de ser el divorcio es, digan el sacerdote y el juez y el legislador y la sociedad lo que gusten, necesario. El divorcio es un hecho".

Este hecho crea una situación que el Estado no puede desconocer y debe remediar. La simple separación con subsistencia del vínculo no es un remedio, porque da lugar a una desigualdad social odiosa entre el marido y la mujer. Nadie pedirá cuentas a aquél de su conducta posterior, dejándole en libertad de crearse otro hogar extralegal sin desdoro de su honor. La mujer, en cambio, habrá de ahogar todo impulso de su vida sentimental y sexual, a menos de atraerse la condenación implacable de la sociedad. El divorcio es entonces el único medio de liberación de la mujer.

Y ya está dicho cien veces que no vale alegar en contra la situación de los hijos. El divorcio de los padres tiene indudablemente sensibles consecuencias en la vida de los hijos; pero no es el divorcio el causante del mal, lo son las circunstancias que lo hicieron necesario. ¿Sería acaso más grata la permanencia de los hijos al lado de sus padres en perpetua discordia o situación ante los padres separados pero sin libertad para rehacer su vida?

La Ley española del divorcio se ha adelantado a las de varios países que no admiten la disolución del matrimonio por el mero consentimiento mutuo de los cónyuges. Han discutido mucho los juristas sobre la legitimidad de este motivo de divorcio. Se le ha combatido en nombre del propio concepto legal

del contrato y en nombre de la disciplina social. No intento entrar ahora en esa discusión. Me basta decir que a mi juicio el divorcio tiene su fundamento en un hondo sentido humano superior a las concepciones legales; y estimo incontestable la opinión de Abrens de que la declaración hecha por los esposos de que han dejado de existir las condiciones esenciales de la comunidad conyugal debe ser reconocida y aceptada como testimonio indubitable de reales y legítimas causas de divorcio que los interesados no consideran oportuno divulgar ni hay derecho a exigirles que divulguen.

Aun por la sola voluntad de la mujer creo admisible el divorcio, tal como está regulado en la ley de uruguaya" (936).

b) Comentarios a la Ley de Divorcio de D<sup>a</sup> Margarita Nelken, Diputado a Cortes:

"La discusión en torno a la implantación del divorcio, es una de las cosas que no he llegado a entender todavía, y que no creo llegaré a entender nunca. Rechazar una Ley en nombre de un principio, solo cuando esa Ley se implanta con carácter obligatorio: pero oponerse, cual han hecho en España los elementos reaccionarios, a la instauración de una ley que no tiene sino únicamente carácter de posibilidad, de facilidad, para aquellas personas que voluntariamente quieran recurrir a ella, solo prueba una cosa: el lamentable atraso o la lamentable mala fé de esos elementos reaccionarios que, no sabiendo ya como impedir la integración a Europa de la España borbónica, procuran, por todos los medios a su alcance y principalmente por los menos lícitos y decorosos, equivocar la opinión de las mujeres incultas acerca del nuevo sentido humano infiltrado a la vida española.

¿Que la religión católica no permite el divorcio? Pues, con no divorciarse los católicos, asunto concluido. Si incluso algún cónyuge, en contra a sus sentimientos y a pesar de ellos se divorcia, nada ni nadie habrá de impedirle seguirse considerando, ante Dios y su conciencia, ya que no ante los

hombres, como unido por vínculo indisoluble al esposo o a la esposa que al divorcio apeló, y guardarle una fidelidad tanto más meritoria cuanto menos forzada y apreciada.

Desde el punto de vista religioso, no cabe discutir de la necesidad o de los beneficios de una Ley, cuyo rechazo por sus adversarios solo con el ejemplo del perro del hortelano podría explicarse. Desde el punto de vista social y ético, la posibilidad de divorcio es la única garantía de la dignidad personal dentro del matrimonio. Y lo es principalmente para la mujer, ya que el matrimonio, pese a toda la igualdad aparente, y pese a cuantas mejoras y libertades en él se quieran introducir la que se halla verdaderamente ligada por el vínculo es ella. Esto es una ley natural, una ley fisiológica, contra la cual nada podrá ningún sufragio. La mujer, por su propia naturaleza, se halla en la unión con el varón, sometida a éste; por muy emancipada que se halle por las leyes, por su condición social la mujer es la guardiana del hogar, la madre en el más amplio sentido de la palabra: madre de sus hijos, y madre de su compañero. Ella es pues también quien se halla más principalmente expuesta a ser víctima dentro de un vínculo al que se sometió, libre y voluntariamente cierto, pero, no menos cierto también, con absoluto desconocimiento de las condiciones en que la vida cotidiana habrían de situarle frente a un hombre al que solo conocía a través de la ilusión amorosa.

Y en cuanto a la situación de los hijos, por muy lamentable que sea la de los hijos de los padres divorciados, no lo es más que la de hijos de padres indicialmente separados o canónicamente divorciados, situación perfectamente admitida por los adversarios de esta Ley; y lo es desde luego infinitamente menos que la de aquellos hijos que crecen siendo testigos de los disensos de sus padres, cuando no jueces directos de la indignidad del padre, o, cosa harto más triste en todo aspecto de la indignidad de la madre.

Y en fin, que siendo el matrimonio un contrato volunta-

rio entre dos personas, que no pudiendo ser otra cosa ante la Ley, -ya que el considerarlo como sacramento es hecho privativo de la conciencia individual- sería una verdadera monstruosidad, un verdadero absurdo, el pretender impedir que aquellas dos personas que voluntariamente firmaron un contrato, lo rescindan por la voluntad de ambas, o por incumplimiento por parte de una de ellas.

Las infinitas demandas de divorcio planteadas desde la aprobación de esta Ley, y en si inmensa mayoría por mujeres, demuestran fehacientemente la necesidad a que esta Ley responde. Y ella echa por tierra, mejor que ningún argumento, los pretextos pueriles con que se la ha combatido" (937).

c) Comentario a la Ley de Divorcio de D. Angel Ossorio y Gallardo, Diputado a Cortes:

"He sido siempre adversario del divorcio. Y no porque desconozca la gran razón con que muchos casados quieren romper su condena sino porque me ha parecido peligrosamente dar a ese trato singular que es fundamento de la familia una holgura y unas comodidades de que no goza ningún otro convecino de menor importancia.

Un artículo del código Civil, dice terminantemente que ningún contrato se rescinde por lesión. ¿Cabría negar que hay muchos donde la lesión existe para alguno de los contratantes? NO. Cientos y cientos de veces ocurre que la cosa comprada vale menos de lo que se pagó por ella, que la obligación aceptada resulta excesivamente onerosa, que la permuta de objetos no implica un verdadero equilibrio económico entre los permutantes, etc., etc. Y sin embargo se ha tenido que poner coto a la libertad individual de apreciación sobre lo contratado para que el fenómeno genérico de la contratación tuviera una fuerza, una seguridad, una permanencia, sin las cuales todas las relaciones civiles y, de modo especial, las comerciales, se hallarían en entredicho,

en precario, produciéndose así para toda la sociedad unos daños muy superiores a los que hubieran podido sufrir tales o cuales contratantes lesionados por el pacto que formalizaron.

Y es que no cabe apreciar los fenómenos jurídicos -ni siquiera aquellos de derecho privado- en relación estricta a las partes interesadas. Todos tienen un reflejo, una resonancia de tipo social. Precisamente en esto consiste el gran avance humano del derecho en nuestros tiempos: En la subordinación de la conveniencia particular al interés colectivo. Las doctrinas intervencionistas, las socialistas, las de la función social de la propiedad, todas las limitaciones del dominio y de la autonomía contractual se fundan en la necesidad de defender los amplios conceptos integrantes de la cohesión social al lado o por encima del provecho privativo de los sujetos. Cuando esta es la corriente de los tiempos modernos, me parece notoria incongruencia dar un trato absolutamente distinto al matrimonio, que es, precisamente, el contrato básico de una sociedad organizada.

Si cupiera rescindir por lesión, el comerciante no tendría un momento de tranquilidad porque al cerrar el más insignificante de sus tratos no sabría ni enajenaba una mercancía o adquiriría un pleito, ya que todos los compradores podrían, con razón o sin ella, reputarse lesionados y perturbar la vida mercantil en fuerza de litigios. Pues otro tanto ocurre con el matrimonio. Este cónyuge y el otro y el de mas allá pueden tener razón sobradísima para dolerse de su yerro, más la posibilidad de romper el vínculo por causa justa o por simple acuerdo de los esposos, hace que la institución pierda toda su seriedad. Los hombres no solemos respetar plenamente sino aquellas cosas que no tienen corrección posible. Cuando sabemos que podemos soltar un compromiso con igual facilidad que lo adquirimos, perdemos la noción de disciplina para nuestro pacto y el respecto a nuestra voluntad. Y hoy resulta que deshacer un matrimonio es más fácil que rescindir la adquisición de una corbata.

Fácilmente se advierten estos peligros en la consulta profesional. A nuestros estudios vienen con la pretensión de descasarse todos los que tienen razón... y todos los que no la tienen. La ley del divorcio no se toma simplemente como separación justa para casos desgraciados sino cual cómodo parapeto de las inconsistencias, de las volubilidades, de los caprichos y de las insensateces. Esta señora quiere quedarse soltera porque el marido la maltrata y la arruina. Pero la otra pide su libertad porque el marido es descontentadizo para la comida o porque llegó una noche demasiado tarde a su casa o porque no gana lo necesario para satisfacer la vanidad de la reclamante. Todavía no se ha generalizado mucho el desorden pero ello llegará indefectiblemente y sin tardar. Y al romper un matrimonio no se destruye solamente la unión de los seres. Son los hijos, la economía conyugal, la fuerza social de un hogar constituido, la austeridad de pensamiento, la compostura en los hábitos, los frenos sobre uno mismo, y otras mil cosas las que perecen.

Suelen decir los divorcistas que es preferible esa destrucción a la vida de sacrificios y de hipocresías en que suelen vegetar muchos matrimonio. Opino que no se puede resolver la cuestión con tan simple argumento. El hecho de que el Código Penal castigue a los cajeros infieles no ha llegado a impedir que los haya. Pero me parece que la situación se empeoraría gravemente si apareciese una ley que dijera: "Los cajeros pueden llevarse cuando quieran los fondos confiados a su custodia." Los cajeros hipócritas que hacen sustracciones ocultándolas, disimulándolas, negándolas, son todavía una defensa de la economía social. Los cajeros que alegremente proclaman la sustracción recreándose en su impunidad, son un elemento disolvente. Por algo se dijo que la hipocresía es el tributo que el vicio rinde a la virtud.

El matrimonio considerado como Sacramento es uno de los mayores baluartes de la sociedad. Rebajado de Sacramento a contrato, pierde gran fuerza. Degreadado de contrato a contrato rescindible, no queda de su vigor moral casi nada. De aquí al

matrimonio como simple hecho, solo media un paso que ya han salvado en algunos pueblos. Seguro estoy de que dentro de unos cuantos años la Humanidad emprenderá un camino de reacción, que está empezado ya, a favor del matrimonio indisoluble.

Pero, en fin, lo hecho, hecho está y en España tenemos ley de divorcio. Ahora debo decir, imparcialmente, que nuestra ley es prudente, discreta y lo menos destructora que podía ser. Partiendo de un mal supuesto se ha hecho un razonamiento afortunado. Unicamente la enorme precipitación de los trámites constituye un error cuya subsanación deberá ser motivo de pronta enmienda.

Estamos, pues, ante un edificio de flojo cimiento, de buenos materiales y de cubierta improvisada. A mi me parece que la casa se hundirá. Pero tardará unos cuantos años" (938).

d) Comentario de la Ley de Divorcio de D. Mariano Ruiz-Funes, Catedrático de Derecho Penal y Diputado a Cortes:

"La Ley de Divorcio era una necesidad en España. Prueba de ello es que a sus preceptos se acogen, como si se liberaran de un peso ancestral, gran cantidad de gentes, que soportaban en sus vidas angustiosos dramas morales, que en muchas ocasiones, se desenlazaban con un crimen.

Los derechos del amor son sagrados; pero este sentimiento, perecedero como todos, puede agotarse: y mantener entonces, por fuerza de un artificio, la afición de su existencia es algo más que un error: Es un sarcasmo.

No se puede forzar, bajo pretexto alguno, la conciencia ajena, ni tampoco las creencias. El que piense que la sucesión del amor está en el sacrificio y que rotos los vínculos del afecto, debe prolongarse artificialmente la más íntima relación humana. Simplemente por ese espíritu de sacrificio, que lo practica en buena hora. Pero el que crea lo contrario debe igualmente tener la protección de la Ley. Cuando Filangieri decía que puede

la religión pedir mártires a la fé, pero que no está permitido al Estado exigir el heroísmo, no hacía más que afirmar los límites extrictos de las relaciones jurídicas y el ámbito preciso de las normas de Derecho. Estas, al proteger las relaciones humanas, no pueden imponer exclusivamente, postulados de moral altruista, dictados para individualidades superiores, caparece de someter sus vidas al imperativo sublime de la tragedia. Dirigen sus prescripciones, y protegen con ellas, a individualidades mas modestas: al hombre medio, sujeto a la vez, de derechos y de deberes equidistantes del cobarde y del heroe, del delincuente y del santo". (939).

e) Comentario de la Ley de Divorcio de D. Antonio Royo Vallanova, Catedrátido y Diputado a Cortes:

"En los tiempos gloriosos de la escena española en que Calvo y Vico trabajaban juntos en el Teatro Español y estrenaban allí los dramas de Echegaray, se reunian en el saloncillo del viejo Coliseo, literatos y artistas, cultivadores de todos los géneros literarios y sostenedores de las más opuestas ideas políticas.

Abordábase una noche el tema de la libertad y de la autoridad y un brillante escritor, muy derechista, D. José Selgás hijo ilustre de Murcia y autor de los célebres libros "Hojas sueltas", "Mas hojas sueltas" y "Nuevas hojas sueltas" se expresó en estos o parecidos términos:

-El mayor enemigo del hombre es la libertad. Para ser felices deberían ordenarnos autoritariamente todo los que tenemos que hacer.

-Eso es un absurdo, gritaron a coro los oyentes.

-Prueba al canto, prosiguió imperturbable Selgas. Ninguno de nosotros ha elegido a su madre. ¿La cambiarían Vds. por otra?.



-¡Qué desatino!

-Pues todos hemos elegido a nuestra mujer, y el que más y el que menos la cambiaría por la del prójimo.

Esta anécdota viene a mi memoria a guisa de comentario a la nueva ley de Divorcio. El hecho de la inviolabilidad del vínculo conyugal ha estipulado la premura con que las Cortes se han apresurado a dictar la Ley que cumplimentase el artículo 43 de la Constitución.

Y en cuanto todo el mundo pueda divorciarse, es fácil que nadie ya encuentre mérito ninguno en hacerlo" (940).

f) El culto sacerdote y Diputado radical socialista, Dean de la Cátedra de Granada, D. Luis López Dóriga, explicó su voto favorable a la Ley de Divorcio en los términos siguientes:

"Señores Diputados, dadas las circunstancias que rodean a mi persona van a permitir SS.SS. que diga muy breves palabras para explicar el voto que acabo de otorgar en favor de la llamada Ley del Divorcio.

La doctrina católica en lo que se refiere a materia matrimonial, según declaración auténtica, puede sintetizarse en los siguientes puntos: Primero. Todos los fieles tienen derecho a casarse conforme a la disciplina de su religión. Segundo. Para los fieles católicos el matrimonio canónico y sacramental es lo único verdadero y legítimo. Tercero. Los fieles católicos solo contraen verdadero y legítimo matrimonio cuando emiten su consentimiento nupcial delante de la Iglesia y en la forma por esta señalada. Cuarto. Los fieles católicos que quisieren vivir como cónyuges prescindiendo del matrimonio canónico y sacramental, faltarán gravísimamente a su conciencia católica y quedarán excluidos de los derechos que como tales católicos les correspondieran. Quinto. El matrimonio canónico sacramental es de tal manera indisoluble, que no puede disolverse ni por

mutuo consentimiento de las partes contratantes ni tampoco por ninguna autoridad meramente humana, y las causas que se refieren al matrimonio canónico y sacramental son de competencia de la autoridad eclesiástica. Y Sexto. No es lícito a las cónyuges católicos acogerse a la Ley del Divorcio, si quieren ser fieles a los mandatos de su religión. Esta es la doctrina católica que todo católico tiene obligación de conocer y tiene obligación de practicar.

El Estado democrático moderno, consecuente con el concepto de que sí el mismo adopta ante esta doctrina la siguiente actitud. A nadie se le puede impedir que obre en conformidad con el dictamen de su conciencia verdadera católica, pero tampoco a nadie se le puede obligar a ser católico cuando no lo quiere ser. Dada la actitud del Estado democrático moderno, entiendo que es de necesidad imprescindible formular una ley lo más prudente que se ocurra, en la cual ley quede garantizada la justa libertad de conciencia, protegidos los derechos todos de los ciudadanos y salvaguardada la familia que, si cuando cumple sus fines naturales, es la célula viva de la sociedad, cuando no los cumple es su mejor disolvente.

Esto dicho, queda explicado mi voto que no tiene más alcance que el que se deduce de las palabras que acabo de pronunciar, ya que, prácticamente, estoy convencido de que no ha sido posible formular una ley mejor. Y nada más" (941).

g) Documento colectivo de los metropolitanos españoles a los fieles sobre el matrimonio civil y canónico de 25 de Julio de 1932 (942).

Una vez promulgadas las leyes republicanas reguladoras del derecho de familia, la ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"Gaceta", 3 de Julio-, los metropolitanos y obispos en representación de las provincias eclesiásticas y diócesis constituidas en la República española hacen público, saliendo al paso de las difíciles circunstancias creadas por el establecimiento

del matrimonio civil y del divorcio, un documento dirigido a los fieles sobre matrimonio civil y canónico:

El documento colectivo de los metropolitanos españoles a los fieles sobre matrimonio civil y canónico de 25 de Julio de 1932 consta de tres partes diferenciadas:

En la primera, se resume la doctrina católica tradicional sobre la institución matrimonial, cuyo fundamento se recoge en las enseñanzas de Jesús y la tradición de la Iglesia universal aprobada desde los tiempos Apostólicos confirmando esta institución según su primitivo estado con sus dos prerrogativas de unidad e indisolubilidad y su elevación por Cristo a la dignidad de sacramento (943), doctrina que viene a consagrarse en Trento por el Decreto dogmático sobre el sacramento del Matrimonio, aprobado en la sesión XXIV, VIII celebrada en tiempo del sumo Pontífice Pío IV, en 11 de Noviembre de 1563 (944), y que viene a confirmarse por las proposiciones condenadas en el Syllabus de Pío IX (945) y en el Código de Derecho Canónico, redactado por mandato de Pío X y promulgado por Benedicto XV el día de Pentecostés de 1917, con valor dogmático y disciplinar obligatorio para todo fiel cristiano (946), y más recientemente, en la Encíclica "Casti connubii" del Pontífice reinante S.S. Pío XI (947):

De conformidad con la doctrina y las leyes citadas en esta primera parte del documento, los metropolitanos y obispos en representación de las provincias eclesíasticas y diócesis constituidas en la República española, para la debida salvaguardia de la fe y costumbres cristianas, establecen once normas sobre matrimonio canónico, declarando que "no es lícita a ningún fiel cristiano bautizado en la religión católica la disolución del vínculo conyugal, el cual, por su misma naturaleza, consumado el matrimonio es perpetuo e indisoluble", y que "tampoco es lícita la separación perpetua o temporal de los cónyuges sin la autorización del Ordinario en los casos previstos por el Derecho Canónico", ya que "tanto de estas causas como de las

de declaración de nulidad del matrimonio, como en la dispensa de nulidad de matrimonio rato y no consumado, deben entender los Tribunales eclesiásticos en la forma prevenida por el Derecho"; no obstante ello "aún quedando en todo su vigor y firmeza lo declarado en el número precedente, en atención a que, cuando existe causa canónica de separación, los católicos tienen derecho a los efectos civiles de ella dimanantes, seguridad de las personas, debida tutela de los intereses matrimoniales y educación, manutención y bien de la prole, la Iglesia no es contraria a tolerar que los fieles utilicen las leyes civiles para obtener dichos efectos, sin que ello pueda implicar en absoluto tibieza en la firme adhesión debida a la doctrina católica, ni mengua alguna en su deber de atenerse a la disciplina eclesiástica y de procurar, para bien de la religión y de la patria, que sean abrogadas las leyes contrarias a la santidad del matrimonio y respetados a la Iglesia los derechos que por ley divina le compete", y "por tanto, y a fin de evitar a los fieles el dispendio de tiempo y los mayores gastos que un doble proceso judicial en la forma ordinaria, mientras la Santa Sede no dispusiere algo en contrario, se tolera que aquéllos puedan introducir la causa de mera separación ante los Tribunales civiles, con tal que obtengan previamente la autorización o licencia del Ordinario propio, quien, para concederla, deberá cerciorarse, mediante información sumaria, de que existe causa canónica para la separación"; con todo "el fiel cristiano que, en su calidad de funcionario público, deba aplicar las leyes civiles, podrá hacerlo con arreglo a las mismas, cuidando, empero, de salvaguardar su conciencia aplicando las normas de los probados autores de sana moral". Por último, venía a declararse por los metropolitanos en la norma 11 del documento a los fieles sobre matrimonio civil y canónico que "tengan, por último, entendiendo todas y cualesquiera personas que de palabra, por escrito o por obra contradijeren los cánones de la Iglesia antes señalados, o sea los que los enseñaren o en cualquier forma sostuvieron no ser necesario para la unión conyugal de los fieles bautizados en la Iglesia Católica el matrimonio canónico celebrado legítimamente de conformidad a las leyes y prescripciones, o que el

vínculo matrimonial es disoluble, o atentaren nuevo matrimonio viviendo el primer consorte, o pariente la disolución total del vínculo, a ello prestare su cooperación y ministerio, salvo lo permitido en las declaraciones que proceden, que, además de incurrir en grave pecado, quedan en cierto modo separados del gremio de la Iglesia, en la cual solo podrán ser recibidos mediante sincero arrepentimiento", y "en su virtud, todos los comprendidos en esta declaración no podrán participar en actos públicos, eclesiásticos ni formar parte de asociaciones y corporaciones canónicas, ni ser padrinos de bautismo y confirmación, ni intervenir en actos religiosos, ni ser enterrados religiosamente", aun cuando "la Iglesia, madre piadosa, no niega la última hora y, con tal que exista verdadero arrepentimiento, en ninguna ocasión de la vida, los Sacramentos necesarios para la salvación", a pesar de lo cual "no podrán tener entierro católico, aunque en su última hora hubiesen recibido la absolución, aquellos bautizados que, pudiendo hacerlo, no hubiesen procedido en su conversión con publicidad suficiente para reparar el escándalo, asegurando un cambio de vida para lo sucesivo".

En la tercera parte del documento viene a hacerse una exaltación del ideal de matrimonio cristiano, exhortándose a los fieles cristianos constituidos en el estado conyugal o que aspiran a él a que, con su vida ejemplar y digna en todos los órdenes de la existencia, incluso el civil, del verdadero testimonio de la fe que profesan y de su dignidad de cristianos, tanto en sus costumbres como en el régimen de la familia y educación de la prole, cual conviene a quienes miran esta vida temporal como preparación de la eterna, y a todos los párrocos encargados de la cura de almas a que enseñen claramente a los fieles la doctrina de la Iglesia sobre el estado conyugal, tan luminosa y oportunamente expuesta en las grandes Encíclicas "Arcanum divinae", de León XIII, y "Casti Connubii", del actual Pontífice reinante y a que, secundados se deseos y siguiendo sus enseñanzas, procuren por todos los medios a su alcance que sea conocida y observada la santidad del matrimonio cristiano.

---

(935) La Disposición final de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 establecía:

"Quedan derogadas cuantas disposiciones y pactos se opongan a los de la presente Ley":

La disposición final del proyecto de Ley de Divorcio y del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio disponfa:

"Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a las de la presente ley":

Una enmienda del Sr. Palet proponfa dos disposiciones finales en el dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de divorcio con la siguiente redacción:

"Quedarán sin efecto las convenciones que en capitulaciones matrimoniales o en otra forma hubiesen establecido los cónyuges, en contradicción con lo preceptivamente ordenado por esta Ley, aunque fuesen anteriores a ella.

Queda derogadas cuantas disposiciones, etc. (igual que el dictamen)" (Cfr. Diario de Sesiones, Apéndice 2º al NUM. 107):

Lefda por segunda vez en la sesión del día 24 de Diciembre de 1932 -NUM. 122-, la Comisión, si bien no acepta la enmienda, señala que no tiene inconveniente alguno en consignar en la disposición final que establece el dictamen la palabra "pactos", conformándose con ello el Sr. Palet que retira su enmienda (Cfr. Diario de Sesiones, Tomo VII, p. 3990).

(936) Jerónimo Gomariz: La Ley de Divorcio: Juicios críticos, p. 12-13.

(937) Jerónimo Gomariz: La Ley de Divorcio: Juicios críticos, p. 13-14.

(938) Jerónimo Gomariz: La Ley de Divorcio: Juicios críticos, p. 24-26.

(939) Jerónimo Gomariz: La Ley de Divorcio: Juicios críticos, p. 27.

(940) Jerónimo Gomariz: La Ley de Divorcio: Juicios críticos, p. 36.

(941) Jerónimo Gomariz: La Ley de Divorcio: Juicios críticos, p. 37-38.

(942) Contenido del el vol. Documentos colectivos del Episcopado español, 1870-1974, B.A.C., M. 1974, p. 189 (Cfr. Apéndice VII de la tesis).

(943) Cfr. capítulo primero de la tesis, punto 2.1.1.

(944) Cfr. Capítulo primero de la tesis, punto 2.2.1.

(945) Cfr. Capítulo primero de la tesis, punto 2.3.1.

(946) Cfr. Capítulo primero de la tesis, punto 2.5.1.2.

(947) Cfr. Capítulo primero de la tesis, punto 2.5.1.2.

#### CAPITULO QUINTO

13. La Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978. El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de Enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de Diciembre de 1979, y magisterio actual de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio.

13.1. La Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978:

No pudiendose negar que la legislación comparada moderna muestra una tendencia favorable a la admisión del divorcio vincular, tendencia al reconocimiento de esta institución jurídica que visiblemente se manifiesta de igual modo en nuestro país, máxime en un momento histórico en que la sociedad española atraviesa por un nuevo proceso político-legislativo que culmina con la sanción de S.M. el Rey D. Juan Carlos el 27 de Diciembre de 1978 de la nueva Constitución Española, esta tendencia así como el clima de consenso de los Grupos Parlamentarios mayoritarios en las Cortes Constituyentes relegó a un segundo plano la discusión parlamentaria del problema que suponía la admisibilidad o no del divorcio, así como del sistema a seguir en la regulación de esta institución jurídica, llegándose a una fórmula ambigua pero suficiente para no cerrar la posibilidad de reintroducir el divorcio civil en nuestra futura legislación.

13.1.1. El Anteproyecto de Constitución, redactado por la Ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional provisional, creada por acuerdo del Congreso el día 27 de Julio de 1977 y confirmada en el número primero de la Disposición Transitoria 1ª de su Reglamento, que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes del día 5 de Enero de 1978 -NUM. 44-, disponía en el número segundo de su artículo 27:

"El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación

y disolución, y sus efectos".

Mas, en sendos votos particulares, los Grupos Parlamentarios Comunistas y Socialistas del Congreso mostraban su disconformidad con el Anteproyecto de Constitución y planteaban la cuestión del divorcio teniendo como referencia el texto del párrafo primero del art. 43 de la Constitución republicana de 9 de Diciembre de 1931:

a) Voto particular del Anteproyecto de Constitución que formula el Ponente D. Jordi Solé Tura, del Grupo Parlamentario Comunista:

Artículo 27: -Redacción alternativa a los tres números-

1. El matrimonio se basa en la plena igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.

2. Podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

3. La formalización y la disolución del matrimonio será regulada por ley.

b) Voto particular al Anteproyecto de Constitución que formula el Ponente D. Gregorio Peces-Barba Martínez, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso:-

Artículo 27: Sustitución del texto por otro del siguiente tenor:

4. El matrimonio puede disolverse por mutuo disenso y a petición de cualquiera de los cónyuges, si concurre justa causa en la forma que se establezca por ley de divorcio (948).

(948) Votos particulares del anteproyecto de Constitución que formulan los Ponentes de los distintos grupos Parlamentarios: Publicados, al igual que el Anteproyecto de Constitución, en el B.O. de la Cortes del día 5 de Enero de 1978 -NUN. 44-.



13.1.2. Designada una Ponencia para informar las enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución -se presentaron 3.100 enmiendas-, la Ponencia, en su Informe, por mayoría, con el mantenimiento de los votos particulares formulados al Anteproyecto por los Ponentes de los Grupos Parlamentarios, que no son objeto de informe de acuerdo con lo previsto en el art. 144 del Reglamento provisional del Congreso, mantiene el criterio que se contiene en la redacción del Anteproyecto, y recoge en el nº 2º del art. 31 del nuevo texto del Anteproyecto, sin modificación alguna, el nº 2º del art. 27 del anterior texto del Anteproyecto (949).

En consecuencia, la Ponencia, en su Informe, no acepta las enmiendas presentadas al apartado segundo del artículo 27 del anteproyecto de Constitución (950).

---

(949) El informe de la Ponencia y el texto del Anteproyecto, con las modificaciones introducidas a consecuencia de dicho Informe, se publican en el B.O. de las Cortes del día 17 de Abril de 1978 -NUM. 82-.

(950) Informe de la Ponencia: Artículo 27, apartado 2:

"La Ponencia, por mayoría, con el mantenimiento de los votos particulares y enmiendas por los representantes de los Grupos Socialista, Minoría Catalana y Comunista, mantiene el criterio que se contiene en la redacción del Anteproyecto y, en consecuencia, no acepta las enmiendas nº 3 del Sr. Mendizábal Uriarte; nº 35 del Sr. De la Fuente de la Fuente; nº 63 del Sr. Fernández de la Mora; nº 72 del Sr. López Bravo; nº 125 del Grupo de la Minoría Catalana; nº 479 del Grupo Mixto; nº 607 del Grupo Vasco; nº 691 del Sr. López Rodó; nº 697 del Grupo Comunista; nº 736 del Sr. Ortí Bordás; nº 756 del Sr. García Garrido. Tampoco se aceptaron las propuestas de nuevos apartados contenidas en las enmiendas nº 125 del Grupo de la Minoría Catalana; nº 451 del Sr. Güel de Sentmenat; nº 697 del Grupo Comunista y nº 736 del Sr. Ortí Bordás. La redacción es la siguiente: Artículo 27, 2:

"El Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos": Informe de la Ponencia: B.O. de las Cortes del 17 de Abril de 1978 -NUM. 82-, p. 1539."

13.1.3. Las gestiones entre los Grupos Parlamentarios mayoritarios para llegar a un consenso dieron lugar, en la mañana del día 23 de Mayo de 1978, a un acuerdo que alcanzaba a los primeros cincuenta artículos del Anteproyecto de Constitución, que era objeto de debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas: mas si el consenso alcanzado hizo posible adelantar extraordinariamente el curso del debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (951), ese consenso se había alcanzado sin la intervención de los Grupos Parlamentarios minoritarios, que expresaron su más ardiente repulsa al procedimiento seguido para llegar a un consenso ajeno a estos Grupos minoritarios (952).

Alcanzado el consenso, el nuevo texto de la enmienda "in voce" presentado por la Ponencia del nº 2º del art. 31 del Anteproyecto, coincide básicamente con el texto del Informe de la Ponencia, antiguo nº 2 del art. 27:

"La Ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos".

El texto de la enmienda "in voce" presentado por la Ponencia, fruto de la política de consenso, fue aprobado por 31 votos a favor y dos en contra -Grupo Parlamentario de Alianza Popular-, sin abstenciones, por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en la sesión celebrada por dicha Comisión el día 23 de Mayo de 1978, pasando así al Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución: Ausente en dicha sesión el Grupo Parlamentario de la Minoría Vasca, que tenía formulada una enmienda -enmienda nº 607, no aceptada en el Informe de la Ponencia- al nº 2º del art. 27 del Anteproyecto de Constitución, nº 2º del art. 31 del Informe, y cuya defensa dejó para la sesión plenaria correspondiente, existiendo entre los restantes Grupos Parlamentarios un acuerdo básico en cuanto a la redac-

ción del nuevo art. 31 nº 2º, sólo los enmendantes al texto de la Ponencia al artículo 31 del Grupo Parlamentario de Alianza Popular defendieron, sin posibilidad alguna de que prosperaran, sus enmiendas.

Para los representantes del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, el nº 2º del art. 31 del Informe de la Ponencia, antiguo nº 2º del art. 27 del Anteproyecto de Constitución, contiene veladamente la consagración constitucional del divorcio en España: la inclusión del término "disolución" supone la constitucionalización del divorcio en España.

a) Enmienda "in voce" que propone el Sr. López Rodó -del Grupo Parlamentario de Alianza Popular- al nº 2º del art. 31 del texto de la Ponencia:

"La ley civil regulará la forma del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, y las causas de separación y sus efectos".

Dos son los puntos que debían ser objeto de modificación para el Sr. López Rodó (953):

En primer lugar, para el Sr. López Rodó la disolución del matrimonio no es, ni más ni menos, que el divorcio: Basada la sociedad española en la institución matrimonial, en la familia con la consagración constitucional del divorcio en España, ataque frontal a la indisolubilidad del vínculo, se trata de pasar a una nueva forma de sociedad incompatible con nuestras tradiciones, con nuestro Derecho, se trata de entrar en disonancia con una creencia muy extendida en el pueblo español:

"... Porque de una forma un tanto tímida y vergonzante se propone la consagración constitucional del divorcio en España. Y no se tiene la gallardía de hacer frente a la opinión pública que esté en contra del divorcio, y en lugar de hablar claramente de esta institución jurídica se emplea eufemística-

mente lo de la disolución del matrimonio, y la disolución del matrimonio no es, ni más ni menos, que el divorcio.

Yo entiendo que una modificación sustancial en una institución básica como es la del matrimonio y la de la familia no puede acometerse precipitadamente sin tener en cuenta todo su alcance y todos los efectos que va a producir sobre la sociedad española.

La sociedad española, como es lógico, está basada en la institución matrimonial, está basada en la familia, y con este ataque frontal a la indisolubilidad del matrimonio se trata de pasar a una nueva forma de sociedad incompatible con nuestras tradiciones, incompatible con nuestro derecho, salvo el leve paréntesis, y poco afortunado, de la ley de Divorcio de 1932, y se trata también de entrar en disonancia con una creencia muy extendida en el pueblo español" (954).

En segundo lugar, para el Sr. Lopez Rodó la expresión "las formas" del matrimonio, en plural, quiere decir, literalmente, que la ley civil regulará el matrimonio civil y el matrimonio canónico, lo cual significa querer legislar canónicamente:

"... Yo no sé si se ha advertido el alcance literal que tiene el precepto dice, tal como nos ha sido propuesto, que la ley regulará las formas del matrimonio. Por tanto, "las formas", en plural. Esto, señores Diputados, quiere decir, literalmente, que la ley -la ley civil, se entiende-, regulará el matrimonio civil y el matrimonio canónico, puesto que "las formas", en plural, del matrimonio son fundamentalmente estas dos: el matrimonio civil y el matrimonio canónico.

No creo que pueda llegar nuestra pretensión, por no decir nuestra audacia y nuestra temeridad, a querer también legislar canónicamente, a producir en este Congreso cánones para que vayan a modificar el Código de Derecho Canónico. Creo que no ha podido ser ésta intencia de los autores de

dicha propuesta, y que podrían aceptar la enmienda "in voce" que ahora propongo" (955).

La enmienda del Sr. López Rodó fue rechazada por 14 votos en contra y 2 a favor, con 14 abstenciones.

b) Enmienda nº 3 de D. Pedro de Mendizábal Uriarte -del Grupo Parlamentario de Alianza Popular- por la que se propone que el nº 2º del artículo 27 del Anteproyecto, nº 2º del art. 31 del Informe, quedó redactado del siguiente modo:

"El Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, los litigios que puedan promoverse entre ellos y los efectos de su resultando en cada caso".

Al igual que para el Sr. López Rodó, para el Sr. Mendizábal Uriarte el concepto "disolución" que se utiliza en el apartado 2º del art. 27 del Anteproyecto de Constitución, nº 2º del art. 31. del Informe de la Ponencia, es de una enorme trascendencia jurídica, pues supone, por vía de Constitución, introducir el divorcio, constitucionalizarlo: la consecuencia de esta constitucionalización del divorcio es, para el Sr. Mendizábal Uriarte, que va a acarrear, sin necesidad, un gran número de enemigos a la Constitución. De ahí que piense que la fórmula que propone pueda aceptarse sin dificultad, tanto por los partidarios de esta institución jurídica, pues según la redacción que propone en su enmienda no se trata de poner obstáculos al establecimiento del divorcio vincular, sino que, sin que la Constitución lo imposibilite, lo que sucede es que se haría necesario la promulgación de las normas civiles pertinentes que regularan el establecimiento del divorcio, como por los partidarios del principio de indisolubilidad del matrimonio, pues la redacción que propone en su enmienda no encierra en sí misma la "constitucionalización" del divorcio, que es lo que puede obligarles a volver la espalda a la Constitución: sería ésta la manera de conseguir en punto tan delicado y conflic

tivo el más amplio consenso posible:

"... Los partidarios de establecer el divorcio en vía civil, con total disolución del vínculo, no dirán que en esa redacción que propongo hallan algún obstáculo. No pueden decirlo; lo que sucede es que, sin que la Constitución lo imposibilite, habrán de promulgarse las pertinentes normas legales de rango inferior, de Derecho civil. Si han de ponerse o no a referend<sup>u</sup>m nacional, como ha sucedido en otros países muy próximos a nosotros, en otra cuestión, que también habrá de resolver esa legislación especial.

En resumen que los prodivorcistas no podrán negar su asentimiento a esa redacción que se propone en la enmienda. Tampoco los que no lo sean, porque la redacción no encierra en sí misma la constitucionalización que les puede obligar a avolver la espalda al texto, y lo digo así, "volver la espalda", rotundamente, porque, señoras y señores Diputados, esto puede suceder y voy a explicarlo y con esto termino.

Ante cualquier declaración constitucional entiendo que pueden darse tres especies de objeciones:

Las primeras, de carácter simplemente formal, no de pulpa, sino de corteza, y éstas son las más leves, porque son las que más fácilmente permiten las aproximaciones entre las diversas afirmaciones.

Hay otras que afectan a la ideología, es decir, que se producen por la falta de concordancia entre el texto y el ideario de cada cual, pero, diríamos, del ideal o ideario un poco de tejas abajo, y las de esta especie caen, sin duda, entre los conceptos negociables, porque son fundamentalmente cuestiones opinables, así cada cual puede acceder para aproximarse mas a eso que denominamos consenso.

Hay otras, sin embargo, de mayor hondura, que son las que afectan a cuestiones de conciencia, y en éstas ya ni al hombre le es lícito negociar ni a nosotros nos es lícito imponer un criterio si de verdad estamos buscando un consenso lo más generalizado posible.

¿Quieren SS.SS. el más amplio consenso? Pues eliminamos el mayor número de puntos que puedan afectar a las conciencias de los ciudadanos españoles. Sería grave y estaríamos contrayendo una gran responsabilidad si, por dejar sin la claridad necesaria un punto como éste, solamente por esto, estuviéramos provocando una cuantiosa masa de negativas en la fecha del referendun. Y esto va a suceder, sabéis que resultará inexorable, y ya podéis comprobarlo con las campañas que se han iniciado, que corren por la calle, que irán creciendo lógicamente a medida que avanza nuestro proyecto contitucional.

Nos habremos pasado meses hablando del consenso y procurándolo y, a la postre, atajaríamos un caudal de voluntades que, por el contrario, debemos propugnar.

Hay millones de mujeres y hombres en nuestro país que, por encima de alguna primera plana de periódico con afán sensacionalista, siguen pensando que la indisolubilidad del vínculo matrimonial tiene caracter universal, intrínseca y extrínsecamente, por Derecho natural. Estaremos de acuerdo o no con el planteamiento. Cada cual puede admitir o rechazar una determinada comprensión del Derecho natural y hasta puede rechazarlo de plano. Pero la realidad está ahí, en la calle y en los campos, donde grandes agrupaciones, españoles como nosotros, piensan como acabo de señalar y se sienten obligados por su conciencia. Si lo rechazamos desde ahora con una imposición en tema de conciencia, mañana ellos rechazarán en las urnas nuestro texto, no admitiéndolo en bloque porque hay un punto que no pueden desatender" (956).

La enmienda del Sr. Mendizabal Uriarte fue rechazada

por 14 votos en contra y dos a favor, con 15 abstenciones.

c) Enmienda nº 72 de D. Gregorio López Bravo -del Grupo Parlamentario de Alianza Popular- al artículo 27 punto 2 del Anteproyecto de Constitución, artículo 31 núm. 2º del Informe de la Ponencia, en la que propone el siguiente texto:

"El Derecho Civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y sus efectos".

Para El Sr. López-Bravo, la enmienda que propone es congruente con la tradición española, ya que ningún texto constitucional anterior a 1931 alude al matrimonio, a su indisolubilidad o al divorcio: Sobre el matrimonio únicamente han hablado, muy significativamente, 2 leyes fundamentales, ambas expresión de dos ideologías políticas beligerantes, enfrentadas en la lucha civil más dura y dramática que ha conocido España en toda su historia: La Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 -artículo 43, párrafo primero (957)- y el Fuero de los Españoles -artículo 22, párrafos primero y segundo según el texto refundido de 1967 (958)-, la primera haciendo alusión expresa al divorcio, la segunda reconociendo explícitamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Ambos textos coinciden en la protección de la familia por parte del Estado, pero la diferencia más significativa que les separa está en el tema de la disolución del vínculo. De donde deduce el Sr. López-Bravo, primero, que la regulación del matrimonio no se ha considerado, generalmente, en España, como tema constitucional, segundo, que su introducción en nuestro Derecho Constitucional no obedeció a razones de técnica jurídica, sino que se debió exclusivamente a razones ideológicas que dividieron profundamente al pueblo español: la conclusión es que el logro de una auténtica reconciliación nacional y de un amplio consenso en el referendum constitucional, sólo será posible si se eliminan de la Constitución definiciones innecesarias o ambiguas, cual ocurre con la palabra "disolución" contenida en el nº 2º del art. 31 del Informe de



la ponencia, nº 2º del art. 27 del Anteproyecto de Constitución, pues la materia del divorcio es, según el Sr. López-Bravo, una materia que, en uno u otro sentido, es cuestión de conciencia, para una gran parte de los españoles (959).

También para el Sr. López-Bravo la inclusión del término "disolución" consagra constitucionalmente el divorcio, lo cual supone, aunque sea veladamente, introducir innecesariamente un tema polémico en la nueva Constitución: insiste el Sr. López-Bravo en el argumento que ya expusiera su correligionario el Sr. Mendizabal Uriarte de que sería lamentable y poco coherente con la política de consenso que, sin necesidad, perdiese votos en la consulta al pueblo la Constitución por una cuestión que podía y debía evitarse. Por el contrario, el silencio constitucional sobre un tema tan polémico no cerraría la vía a los partidarios del divorcio ni a los partidarios de la indisolubilidad, pues si la Constitución no ampara el divorcio ni proclama tampoco la indisolubilidad del vínculo, tiempo habrá después de considerar y decidir la cuestión en el plano del Derecho civil, sin vinculaciones constitucionales:

"... En todo caso, la inclusión del término "disolución" consagra constitucionalmente el divorcio.

Pese a la reglamentaria brevedad de mi intervención, debo añadir que la redacción del apartado 2 resulta imprecisa, ambigua, y no tenemos derecho a confundir a quienes han de refrendar el texto constitucional.

Se habla de causas en plural: "las causas de separación y disolución". Este plural puede tener su origen en la referencia conjunta tanto a las causas de separación como a la disolución; pero puede suponer también la admisión constitucional de más de una causa -la muerte de uno de los cónyuges de disolución del matrimonio.

Porque si en nuestro anteproyecto para "disolución

sólo se admite una causa, que es la muerte, entonces sobraría, ya que, desafortunadamente, no hay ley que pueda regularla; hasta ahí no ha llegado todavía el adelanto científico. Si se admiten varias causas, entiendo modestamente que hasta ahora el Derecho Civil no conoce más que dos: muerte y divorcio. Y en tal caso estaríamos admitiendo, indiscutiblemente, el divorcio.

Dada la extraordinaria preparación de los redactores del anteproyecto, no puedo pensar que el término disolución se refiera al "privilegio paulino" o a la potestad vicaria del Papa sobre el matrimonio inconsumado. En primer lugar, porque, a mi juicio, no se trataría de causa de disolución, sino de formas; en segundo lugar, no corresponderían al Derecho civil, sino al Derecho procesal, y en tercer lugar, y sobre todo, tales formas corresponden a la Iglesia -al Derecho canónico- y no al Estado.

Una vez más expondré mi criterio de que el tema del divorcio no debe contemplarse y, por respeto al pueblo español, menos aún tácitamente, en el textos constitucional que debatimos.

Analizando desapasionadamente cuanto antecede, no parece necesario, ni aun conveniente, incluir la cuestión del divorcio en el anteproyecto constitucional. Si la futura Constitución no ampara el divorcio, ni proclama tampoco la indisolubilidad del matrimonio, tiempo habrá después de considerar y decidir la cuestión en el plano del Derecho civil, sin vinculaciones constitucionales. Sería lamentable y poco coherente con la política de consenso que ha inspirado la redacción del anteproyecto, que, sin necesidad, perdiese votos en la Cámara y, en su día, en la consulta del pueblo, por una cuestión que puede y debe evitarse.

Por cuanto queda dicho, yo tengo que rogar a quienes en esta Comisión tienen capacidad para hacerlo que, en orden

a promover la concordia y evitar equívocos entre los españoles y también para potenciar el consenso en su aprobación, eliminan la palabra "disolución" del apartado 2 del artículo 31" (960).

La enmienda del Sr. López Bravo fue rechazada por 15 votos en contra de dos a favor, con 15 abstenciones.

d) Enmienda nº 35 de D. Licinio de la Fuente -del Grupo Parlamentario de Alianza Popular- por la que se añade un punto tercero al artículo 31 del Informe de la Ponencia, artículo 27 del Anteproyecto de Constitución, que diga:

"En todo caso, el reconocimiento y regulación del divorcio requerirá el referéndum público de la Nación".

En su enmienda, el Sr. D. Licinio de La Fuente pide que se establezca en la Constitución con carácter obligatorio, para el caso de que no prospere la tesis de la no constitucionalización del divorcio, que el divorcio puede establecerse y regularse por virtud de una ley que sea votada en referéndum por la nación española: que no esté a merced de una mayoría coyuntural de las Cortes, sino que sea el pueblo español el que, en último término, ante un tema para él tan capital, decida si acepta o no el divorcio tal como en su momento pueda plantearse (961).

Para el Sr. D. Licinio de la Fuente este tema incide en algo tan esencial como es la familia, y, por tanto, en una de las materias más delicadas y más fundamentales para el futuro desarrollo de nuestra vida social:

"... Señoras y señores Diputados, evidentemente estamos en presencia de uno de los artículos más importantes del proyecto de Constitución, y ello justifica de alguna manera la pluralidad de las enmiendas. Estamos incidiendo en algo tan esencial como es la familia y, naturalmente, decir lo que la familia

representa para la persona, lo que representa para la sociedad y lo que representa para el Estado creo que no requiere énfasis de ninguna clase. Estamos, sin duda, incidiendo en una de las materias más delicadas y más fundamentales para el futuro desarrollo de nuestra vida personal, de nuestra vida familiar, de nuestra vida social" (962).

El primer tema que plantea el texto, tal como viene redactado, es, para el Sr. D. Licinio de la Fuente que, al hablar de matrimonio en general y sin ninguna matización, da la impresión de que se pretenden regular desde la Constitución todos los tipos de matrimonio, incluidos los religiosos; o bien que se pretende desconocer que existan otros tipos de matrimonio que el matrimonio civil. cualquiera de las dos conclusiones es de la misma gravedad: Pretender regular desde la Constitución o autorizar para regular en disposiciones posteriores los matrimonios religiosos sería realmente una intromisión difícilmente calificable; pretender desconocer que hay otros tipos de matrimonio que el civil y que concretamente en la sociedad española es fundamentalmente mayoritario el hecho del matrimonio religioso sería realmente una falta de realismo y una total incosecuencia. De ahí que el Sr. de la fuente estime que la Constitución debe tomar partido en este tema, y si va a hablar del matrimonio tiene que clarificar las cuestiones: Si tiene la pretensión de regular desde la Constitución todas las clases de matrimonio, incluido el matrimonio religioso, debe decirlo así, de un modo claro y explícito, y debe reconocer, en consecuencia, los efectos que a los matrimonios religiosos puedan corresponder; mas si lo que ocurre es que por una imprecisión en la redacción la Constitución se está refiriendo única y exclusivamente al matrimonio civil, entonces debe de decir de un modo claro que se está refiriendo al matrimonio civil y no al matrimonio en su conjunto, porque, dice el Sr. De la Fuente, hay varias clases de matrimonio y una ley civil no podría nunca incidir en los efectos que sobre el tema de la disolución del vínculo podría tener un matrimonio religioso.

El segundo tema que plantea el texto es el que se refiere a la constitucionalización del divorcio: para el Sr. de la Fuente a lo más que podría aspirar la Constitución es la constitucionalizar el divorcio de los matrimonios civiles, pero no a constitucionalizar el divorcio de los matrimonios religiosos. Mas no se trata sólo de que el actual texto establece una fórmula que constitucionaliza el divorcio, sino que al emplear esa frase amplia e imprecisa de "causas de disolución", la Constitución está efectivamente autorizando para que una ley posterior regule el divorcio, y lo regule, además, con toda amplitud, que es lo más grave del caso: de ahí que lo que pretende su enmienda es que si al amparo de este precepto un día va a regular por ley el divorcio, al menos que no sea por una ley ordinaria, sino que sea por una ley refrendada por el pueblo español:

"... El segundo tema de cuestión que plantea, y quizá más importante, es el que se refiere a la constitucionalización del divorcio, al que han aludido ya los compañeros que me han precedido en el uso de la palabra.

Naturalmente que aquí vuelve a tener importancia la matización que hacíamos anteriormente, porque, una vez reconocido constitucionalmente el divorcio, ¿es que se quiere referir a toda clase de matrimonios? Yo supongo que a lo más que podría aspirar la Constitución es a constitucionalizar el divorcio de los matrimonios civiles, pero no a constitucionalizar el divorcio de los matrimonios religiosos, porque eso creo que sería una pretensión realmente inadmisibile.

Pero, bien, vamos a suponer que de lo que se trata es de referirse exclusivamente al matrimonio civil. Entonces, yo diría que, evidentemente, la Constitución establece una fórmula que claramente constitucionaliza el divorcio. No caben en esto ambages; creo que hay que decirlo con absoluta claridad. La Constitución, en su redacción actual y al establecer las causas de disolución, está efectivamente autorizand

para que una ley posterior regule el divorcio, y lo regule, además, con toda amplitud, que es lo más grave del caso, porque no hay ninguna limitación a las causas de disolución del vínculo. Y ahí puede entenderse hasta el mutuo disenso, y por eso mi enmienda de alguna manera sería subsidiaria de las anteriores, puesto que si desapareciese la palabra "disolución", naturalmente mi segunda enmienda no tendría que ser mantenida.

Si se mantiene esa palabra, supone, en definitiva, una autorización para que por una ley ordinaria se regule el divorcio con toda su amplitud. Porque el divorcio no es una palabra unívoca, no basta no decir soy partidario del divorcio o soy partidario al divorcio. Hay muchas formas de regular el divorcio, de tal manera que unas personas pueden ser partidarias de una forma y contrarias de otra.

Al amparo de esta fórmula que nosotros tenemos aquí y que comprende las causas de disolución con toda su amplitud, el divorcio podría regularse con mas absoluta amplitud, con mas absoluta facilidad; es decir, por poner un ejemplo, en la misma forma en que se tramita hoy el divorcio en las Vegas o en Reno. Esta es estrictamente la verdad de lo que dice la Constitución, y por eso mi enmienda lo que pretende es que si al amparo de este precepto un día se va a regular por ley el divorcio, al menos que no sea una ley ordinaria, que sea una ley refrendada por el pueblo español, que el pueblo español haga un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión cuando, de una manera explícita, concreta, con sus formas, etc., se le pregunte si es partidario o no del divorcio; que no se entienda que el pueblo español ha votado el divorcio al votar esta Constitución, porque sencillamente se haya empleado el eufemismo de incluir esa frase amplia e imprecisa de "causas de disolución".

Soy consciente de los tremendos problemas humanos y familiares que latén en este tema; soy consciente de los

tremendos problemas que se plantean por las dificultades de conseguir la separación matrimonial, incluso la posibilidad de formar un nuevo matrimonio; soy consciente y lo conozco, de que incluso se está abusando en algunos aspectos de la aplicación de las causas de disolución del vínculo y que se está incurriendo en el gravísimo error, en muchos casos, de convertir la posibilidad de divorcio exclusivamente en un privilegio de los que tienen dinero para pagarlo; soy consciente de todos estos problemas y creo que, de alguna manera, tenemos que afrontarlos y resolverlos; pero soy consciente también de los graves problemas que plantearía para la familia española una regulación de la disolución del vínculo excesivamente amplia que supusiera una tremenda facilidad para hacer y deshacer los matrimonios, con las secuelas correspondientes que ello conlleva para la situación de la familia, y especialmente de los hijos" (963).

La enmienda del Sr. D. Licinio de la Fuente fue rechazada por 15 votos en contra y dos a favor, con 15 abstenciones.

EN nombre de la ponencia y para defender el texto de consenso habla el Sr. Roca Junyent, que viene a decir que no es justo decir que se constitucionaliza el divorcio, pues lo que el texto hace no es sino señalar que, en cuanto a la disolución del matrimonio, se estará a lo que diga la ley civil (964).

Decaidas el resto de las enmiendas y votos particulares como consecuencia de la política de consenso de los Grupos Parlamentarios mayoristas, se pasa a votación el texto de la enmienda "in voce" presentado por la Ponencia, que se aprueba por 31 votos a favor y dos en contra, sin abstenciones: consecuencia, pues, de esta política de consenso, se llega a una fórmula ambigua pero suficiente para no cerrar la posibilidad de la admisibilidad del divorcio vincular en nuestra futura legislación. La discusión del problema que suponía la admisibilidad o no del divorcio vincular, así como del sistema a seguir en la regulación

de esta institución jurídica queda de este modo relegada a un segundo plano como consecuencia de esa política de consenso (965).

(951) La Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades Públicas celebró su primera sesión el día 5 de Mayo de 1978: En diez sesiones se habían debatido 25 artículos del Anteproyecto y parte del art. 24; consecuencia del consenso a que habían llegado en la mañana del día 23 de Mayo de 1978 los Grupos Parlamentarios mayoritarios, en la sesión núm. 11, celebrada el día 23 de Mayo de 1978, de cinco de la tarde a once de la noche se aprueban hasta el artículo 50, inclusive, del Anteproyecto, Diario de Sesiones del Congreso de Diputados: Año 1978 -NUM. 72, págs. 2583-2631.

(952) Como protesta al acuerdo a que se había llegado por parte de los Grupos Parlamentarios mayoritarios, a espaldas de los Grupos minoritarios, el Grupo Parlamentario de la Minoría Vasca se ausenta y no participa en los debates de la Comisión de ASUNTOS Constitucionales y Libertades Públicas en su sesión del día 23 de Mayo de 1978: El Sr. Letamendía Belzunce se solidariza con el Grupo Nacionalista Vasco.

(953) Intervención del Sr. López Rodó en defensa de la enmienda "in voce" que propone: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de mayo de 1978 -NUM. 72-, págs 2610-2611.

(954) Fragmento de la intervención del Sr. López Rodó: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados -NUM. 72-, pág. 2611.

(955) Fragmento de la intervención del Sr. López Rodó: diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de mayo de 1978 -NUM. 72, pág, 2611.

(956) Intervención del Sr. Mendizabal Uriarte en defensa de la enmienda por él suscrita: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Const. y de Libertades Públicas, Sesión NUM 11 págs. 2166-2614.

(957) "La familia está bajo la salvaguardia del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos cónyuges y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa": Artículo 43, párrafo 1º de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931.

(958) "El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble": Fuero de los Españoles: Art. 22 párrafos 1º y 2º, según el texto refundido de 1967.

(959) Intervención del Sr. López Bravo en defensa de su enmienda:

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de mayo de 1978 -NUM. 72-, págs. 2614-2617.

(960) Fragmento de la intervención del Sr. López-Bravo: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de Mayo de 1978 -NUM. 72-, págs. 2616-2617.

(961) Intervención del Sr. D. Licio de la Fuente en defensa de su enmienda: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el 23 de Mayo de 1978 -NUM. 72, págs. 2617-2620.



(962) Fragmento de la intervención del Sr. D. Licio de la Fuente: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de mayo de 1978 -NUM. 72-, págs. 2617-2618.

(963) Fragmento de la intervención del Sr. D. Licio de la Fuente: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de mayo de 1978 -NUM. 72-, págs. 2618-2619.

(964) Intervención en nombre de la Ponencia y para defender el texto de consenso del Sr. Roca Junyent: diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 11, celebrada el día 23 de mayo de 1978 -NUM. 72-, págs. 2620.

13.1.4. En la sesión plenaria número 36 del Congreso de los Diputados, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUM. 107-, se examinaría el artículo 30 del dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución, pero su discusión pasaría igualmente sin pena ni gloria (966).

Renunciando el Grupo Parlamentario Vasco a la enmienda que tenía formada -enmienda nº 607-, ha habiéndose retirado por el Grupo Parlamentario de Alianza Popular la enmienda nº 35 de D. Licinio de la Fuente, se examinan las enmiendas del Grupo Parlamentario de Alianza Popular nº 72 de D. Gregorio López-Bravo y nº 3 de D. Pedro de Mendizabal Uriarte.

En defensa de su enmienda ante el Pleno del Congreso de los Diputados, el Sr. López-Bravo lee básicamente el discurso que ya pronunciara ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas: su enmienda es igualmente rechazada por 269 votos en contra, 20 a favor y dos abstenciones (967).

Al igual que el Sr. López Bravo, el Sr. Mendizabal Uriarte, en defensa de su enmienda ante el Pleno del Congreso de los Diputados, lee básicamente el discurso que ya pronunciara ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas: su enmienda es igualmente desestimada por 272 votos en contra, 14 a favor y 4 abstenciones (968).

A continuación del Sr. Mendizabal Uriarte, con el fin de clarificar la posición sobre el tema del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso interviene el Sr. Sotillo Martí que, insistiendo en las razones ya señaladas por el Sr. Roca Junyent ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, señala que lo único que dice el artículo 30 del Dictamen de la Comisión es que una ley regulará, entre otros temas, la disolución del matrimonio, y no que la Constitución garantiza o que la Constitución reconoce la disolución o el divorcio (969).

Efectuada la votación del nº 2º del art. 30 del Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución dió el siguiente resultado: votos emitidos, 289; favorables, 269; en contra, 17; abstenciones, 3: En consecuencia, queda aprobado el apartado 2 del artículo 30, según el texto del dictamen. A continuación toman la palabra los Sres. Fraga Iribarne -Grupo Parlamentario de Alianza Popular-, Sole Tura -Grupo Parlamentario Comunista- y Herrero Rodríguez de Miñón -Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático- para explicación de voto:

a) El Sr. Fraga Iribarne explica que el Grupo Parlamentario de Alianza Popular ha votado "no" a este artículo por entender que es un artículo clave que afecta a la conciencia de muchos de los seguidores de Alianza Popular: En dicho artículo se trata de constitucionalizar el divorcio, y el Grupo Parlamentario de Alianza Popular, aparte su convencimiento de la influencia que ello puede tener en el voto de los españoles, cree que, tratándose de una institución clave cual es la institución familiar, una decisión de esa índole afecta a la sociedad entera:

"... Nosotros hemos votado no a este artículo por entender que es un artículo clave que afecta a nuestra conciencia y a la de muchos que nos han votado. Entendemos que no hay ningún acertijo en la cuestión que nuestras enmiendas han planteado a la Cámara: se trataba, lisa y llanamente, de constitucionalizar o no el divorcio. El voto mayoritario ha sido decir sí, el nuestro es decir no.

Por supuesto, nosotros ni en esta ni en ninguna ocasión hemos aludido a razones extralegales, como a veces se hace en otros sectores de la Cámara; nos hemos referido a la influencia que esto puede tener en el voto de los españoles, que esperamos la tenga importante, ahora y después.

La ley de que nosotros hablamos no dice exactamente lo mismo que la que saldrá ahora, porque tiene su contenido prejuzgado. Precisamente por eso, en una tercera enmienda,

que en aras a la brevedad del debate hemos sacrificado, hablabamos de que esta ley, por su importancia, fuera incluso sometida a referéndum.

En cuanto a que permitir una cosa sea poner en la Constitución, en la ley, algo que sólo afecta a los que hagan uso de ella, eso puede que sea verdad cuando se trata de acciones que inciden sólo en la persona que las toma, pero en el caso de la familia esa decisión afecta a muchas personas a los demás miembros de la familia, e incluso debo decir a los que han sido, los que son y, luego, los que van a ser. Tratándose de una instrucción clave como ésta, tal decisión afecta a la sociedad entera.

Y quiero hacer notar que no solamente hemos introducido la palabra "disolución", sino que hemos quitado la expresión "familia estable", que figuraba en el número 1 en un texto anterior de la Ponencia. Por tanto, el artículo 30 no tiene acertijos, lo va a entender todo el mundo; la explicación de las fuerzas políticas y su asunción de responsabilidades sociales efectivamente ha comenzado ya.

Sabemos que ya ha votado y sabemos que las intervenciones cambian muy pocos votos aquí. El tiempo dirá lo que cambian en el cuerpo electoral, Muchas gracias (970).

b) El Sr. Solé Tura, en explicación del Grupo Parlamentario Comunista, señala cómo la razón determinante de que este Grupo Parlamentario haya votado sí a la totalidad del artículo 30 del Dictamen de la Comisión ha sido en aras del consenso que, en definitiva, consiste en intentar resolver de la manera mas equilibrada posible los temas de principio, tratándose de encontrar un punto de equilibrio que permita a todos moverse en cada uno de los grandes temas sin tener que renunciar a cuestiones fundamentales de principio.

Frente a la concepción que de la familia tienen los Sres. del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, entienda el

Sr. Solé Tura que si la familia estable no tiene por qué sentirse afectada por la posibilidad que abre el artículo 30 del Dictamen de la Comisión, en cambio, las que no lo sean deben tener la posibilidad de rehacerse. Pues, en definitiva, este artículo 30 no abre por sí mismo la posibilidad del divorcio, sino que deja las puertas abiertas para que en el futuro, dependiendo del juego político posconstitucional, esas puertas se abran del todo, no se abran o se abran hasta un cierto punto:

"... El Grupo Parlamentario Comunista ha votado sí a la totalidad del artículo 30, como lo hizo en la Comisión Constitucional, por razones obvias.

Como se puede colegir fácilmente con un examen de las enmiendas presentadas, nosotros éramos y somos partidarios de regular sin ambigüedades y con toda claridad el tema del divorcio, porque nos parece un tema que no se puede eludir, como tampoco se pueden eludir otros también sustanciales.

Habíamos presentado una enmienda que contemplaba, primero, la regulación del matrimonio sobre la base de la plena igualdad de los cónyuges y, segundo, la posibilidad de disolución por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa, y esto nos parecía una regulación equilibrada que permitía abrir todas las puertas que hubiese que abrir.

Sin embargo, hemos abandonado esta enmienda y hemos votado este artículo 30 en aras, precisamente, de ese consenso del que tanto venimos hablando, que, en definitiva, consiste en intentar resolver de la manera más equilibrada posible los temas de principio, temas en los que, evidentemente, es difícil poner de acuerdo a fuerzas tan distintas como las que aquí estamos representadas. En todo caso, se trata de encontrar un punto de equilibrio que nos permita a todos movernos con cierta holgura en cada uno de los grandes temas sin tener que renunciar a cuestiones fundamentales de principio.

Los señores que han hablado en nombre de Alianza Popular nos dicen que para preservar este consenso hay que hacer caso de todos aquellos ciudadanos que no quieren el divorcio. Volvamos la oración por pasiva: para preservar este consenso hay que hacer caso de todos aquellos ciudadanos que pretenden se regule el divorcio. Entonces, hay que encontrar un punto de equilibrio, y este punto es el que ofrece, a nuestro entender, el actual art. 30.

El apartado 2, el más controvertido, nos dice que la ley regulará las formas, porque, efectivamente, se trata de decir que hay varias formas posibles del matrimonio, es decir, que habrá diversas posibilidades. Y al referirse al resto de derechos y deberes, causas de separación y disolución lo que hace es abrir todas las posibilidades sin prejuzgar ninguna.

En este sentido, pues, no puede decirse, como se ha pretendido en las enmiendas de los Sres. de Alianza Popular y ahora en la explicación del voto del Sr. Fraga, que esto sea prejuzgar las cosas de una manera total. No las prejuzga, y no entendemos que un voto positivo o negativo en la Constitución sea un voto positivo o contrario al divorcio.

En cambio, no decir nada en un tema tan importante como éste sería realmente cerrar puertas, cuando sabemos que está ahí y que lo menos conveniente es cerrar puertas.

Alianza Popular dice que esto es un atentado a toda la concepción de la familia. Seguramente habrá distintas concepciones de la familia, pero nosotros entendemos que la familia estable, la familia que funciona, no tiene por qué sentirse afectada por la posibilidad que aquí se dice que se abre. En cambio, las que no lo sean deben tener la posibilidad de rehacerse, y no precisamente esperando a lo que nos decía antes el Sr. Mendizábal de que la disolución solo podrá ocurrir por causa de muerte, en cuyo caso lo único

que reconoceríamos sería el derecho de viudas o viudos a rehacer un posible matrimonio fallido. No me atrevo a decir que esto sea causa de una invitación para resolver los matrimonios fallidos por la vía expeditiva. No ha dicho eso, pero, en definitiva, se podría interponer así, aunque no digo que ésta sea la interpretación que se deba dar.

A nosotros nos parece que cada Grupo Parlamentario o cada Grupo Político tiene pleno derecho, y es justo y conveniente que así sea, a plantear sus propias opciones, pero queremos decir, porque ya ha salido en otros artículos anteriores, que no nos parece bien que estas opciones se planteen de tal modo que en cada una de ellas aparezcan los partidarios del actual texto como fautores de todos los males y partidarios de la disolución de todos los valores de la sociedad, entre ellos el de la familia. Hay que permitir todas las opciones.

En definitiva, el propio Sr. Mendizabal al defender su enmienda, venía a reconocer que el problema existe, pero lo único que nos ofrecía era una solución jurídica infinitamente más vergonzante, o, en todo caso, vergonzante, que la que aquí se dice, que no cierra ni abre ninguna puerta. Mejor dicho, no abre las puertas por sí misma, sino que las deja abiertas, y dependerá luego del juego político postconstitucional que esas puertas se abran del todo, que no se abran, que se abran hasta cierto punto o de cualquier forma.

En este caso, nos parece que éste es un artículo constructivo, equilibrado, que da respuesta a unas inquietudes, a unas necesidades sentidas y que establece un punto de equilibrio entre opciones políticas muy diferentes que intentan aquí, en todo caso, llegar a un mismo denominador común respecto a un tema de gran importancia para nuestro presente y para nuestro futuro" (971).

c) Para el representante del Grupo Parlamentario de

Unión de Centro Democrático, Sr. Herrero Rodríguez de Miñón, lo que se ha votado al votarse el nº 2º del artículo 30 no es sino un mandato al legislador, mandato que no contiene ningún criterio, sino simplemente una enunciación de temas sobre los cuales deberá el legislador futuro pronunciarse. Este mandato ha planteado fundamentalmente dos temas polémicos: la expresión "formas del matrimonio" y la palabra "disolución". En cuanto a la expresión "formas del matrimonio" es ésta la expresión correcta, pues abre todas las posibilidades, entre ellas, por supuesto, el mantenimiento de una situación en la que, junto a la forma civil, se reconoce la posibilidad de formas religiosas del matrimonio; en cuanto a la palabra "disolución", dicho término prejuzga en absoluto cuál sea la opción que tome el legislador futuro, por lo que no puede decirse que se ha constitucionalizado el divorcio en España:

"... Lo que aquí hemos votado es un mandato al legislador, mandato que no contiene ningún criterio, sino, simplemente, una enunciación de temas sobre los cuales deberá el legislador futuro pronunciarse, como el legislador de ayer ya se pronunció. Tal vez el día de mañana este artículo pueda ser técnicamente criticado, porque es claro que no se dice que, además, el legislador deba regular la adopción, la tutela o el derecho de anticresis; es decir, no se establece que deba regular todas las instituciones del Código Civil. Lo cierto es que, desde un punto de vista político, cualquiera que sea el criterio técnico que los tratadistas mantengan mañana, ha habido en la Ponencia, por unanimidad, y en la Comisión y, más tarde, por las opiniones que hemos oído, en el Pleno, por mayoría considerado la conveniencia de dar este mandato al legislador.

Pues bien, en este mandato al legislador, tal como lo enuncia el apartado 2 del artículo 30, han sido suscitados dos temas polémicos: la expresión "formas del matrimonio" y la palabra "disolución".

En cuanto a la expresión "formas del matrimonio",



ésta, en opinión de U.C.D., es la correcta. si se dijera en su lugar "formas civiles del matrimonio", se estaría prejuzgando que sólo se reconoce la forma civil del matrimonio en sus diversas modalidades; y otro tanto si se empleara el singular "forma"; pero al decir que se regulan las formas del matrimonio, se abren todas las posibilidades, entre ellas, por supuesto, el mantenimiento de una situación en la que, junto a la forma civil, se reconoce la posibilidad de forma religiosa del matrimonio. Precisamente la Constitución habla de "formas del matrimonio" y no de "clases de matrimonio", porque aunque la ley civil de mañana, como la ley civil de hoy, regule dos formas del matrimonio, en la medida en que se remite a la forma canónica, lo que no puede pretender el legislador civil es, además, regular el fondo del matrimonio canónico, la institución canónica que vinculará a las conciencias de los que canónicamente se encuentran incorporados a la Iglesia o la confesión en cuestión, lo que estaría implícito en el término "clases".

En cuanto a tan traída y llevada palabra "disolución", es claro que, como han expuesto los representantes del Partido Socialista y del Grupo Comunista en el Congreso, no prejuzga cuál sea la opción que tome el legislador del futuro y, ante la afirmación del digno representante de Alianza Popular referente a que hemos constitucionalizado el divorcio, hemos de oponer el simple hecho de que mañana, una vez la Constitución aprobada con ésta fórmula, sería imposible pretender el divorcio ante ningún tribunal del Estado, si una ley no se hubiese pronunciado sobre el tema.

Se ha dicho que "disolución" se refiere necesariamente al divorcio, y a ello hemos de oponer que hoy día no sólo el art. 52 del Código civil reconoce la disolución por muerte, sino que otros preceptos del Código Civil, como los artículos 72, 1417 y 1419 asimilan, a muchos efectos, la disolución con la nulidad y que, además, en el Derecho Canónico, al que hoy se remite el Derecho Civil, se reconocen formas de

nulidad sobrevenida que supone una disolución del vínculo.

Por todas estas razones, nosotros, que no consideramos conveniente ni aceptable la directa constitucionalización del divorcio, por cuanto es un tema de ley ordinaria y no de rango constitucional, y prueba de ello es que las constituciones sólo excepcionalmente reconocen el tema del divorcio en ordenamientos donde el matrimonio tiene más una concepción de negocio jurídico consensual que de institución.

Por eso, porque no creemos que sea un tema que deba abordarse a nivel constitucional y, por tanto, tampoco hoy lo hemos abordado ni nos hemos pronunciado sobre él -eso será tarea, si es que así lo decide esta Cámara, del legislador futuro-. Por ello hemos dado nuestro voto a un apartado 2 que, abriendo todas las posibilidades, no prejuzga en absoluto cuál haya de ser la solución que dé el legislador y que incluso permite el mantenimiento de una situación actual, tanto en lo que se refiere a la pluralidad de formas para contraer matrimonio y a autonomía de las diversas clases del mismo como al reconocimiento de supuestos de disolución que no necesariamente tienen por qué ser el divorcio" (972).

---

(965) En el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas el art. 27 nº 2º del Anteproyecto de Constitución, art. 31 nº 2º del Informe de la Ponencia pasa a ser el artículo 30 nº 2º : Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución y Enmiendas y votos particulares al texto constitucional que tienen intención de defender ante el Pleno de la Cámara los distintos Grupos Parlamentarios en el Boletín Oficial de las Cortes del día 1 de Julio de 1978 -NUN. 121-.

(966) Examen en el Pleno del Congreso del artículo 30 del Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión Plenaria núm. 36, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUN. 107-, págs. 4.073-4.087.

(967) Intervención del Sr. López Bravo ante el Pleno del Congreso de los Diputados en defensa de su enmienda: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión plenaria núm. 36, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUN. 107-: págs. 4073-4077.

(968) Intervención del Sr. Mendizábal Uriarte ante el Pleno del Congreso de los Diputados en defensa de su enmienda: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión plenaria núm. 36, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUN. 107-: págs. 4077-4082.

(969) Intervención del Sr. Sotillo Marti ante el Pleno del Congreso de los Diputados para clarificar la postura del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso sobre el tema: Diario

de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión plenaria núm. 36, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUM. 107-: págs. 4082-4083.

(970) Intervención del Sr. Fraga Iribarne en explicación de voto del Grupo Parlamentario de Alianza Popular: diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión plenaria nº 36, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUM. 107-, pág. 4084.

(971) Intervención del Sr. Solé Tura en explicación del voto del Grupo Parlamentario Comunista: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión plenaria nº 36, celebrado el día 11 de Julio de 1978 -NUM. 107-, pág. 4084-4086.

(972) Intervención del Sr. Herrero Rodríguez de Miñón en explicación de voto del Grupo Parlamentario de U.C.D.: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: Sesión Plenaria nº 36, celebrada el día 11 de Julio de 1978 -NUM. 107-, págs. 4086-4087.

13.1.5. Aprobado el texto del Proyecto de Constitución por el Pleno del Congreso (973), pasa a la Comisión de Constitución del Senado:

En la sesión núm. 7 de la Comisión, celebrada el día 29 de Agosto de 1978 -NUM. 45-, se discute el artículo 30.

a) Enmienda del Sr. Gamboa Sánchez-Barcáiztegui en la que propone suprimir el apartado 2, recogiendo parte de él en el apartado 1 y dejando el artículo con un solo apartado con esta redacción:

"A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio, cuyo régimen y regulación fijará la ley".

En defensa de su enmienda el Sr. Gamboa pide se suprima la referencia que en el artículo 30 se hace a las causas de disolución del matrimonio, pues el texto al decir que la ley regulará las causas de disolución y sus efectos prejuzga, admite "a priori" el divorcio, institución jurídica que atenta contra el principio de indisolubilidad del matrimonio, que es una exigencia del derecho natural:

"... Se me plantea, en relación a este artículo, un grave problema de conciencia como católico que me obliga a pedir que se suprima la referencia que en el mismo se hace a las causas de disolución matrimonial, porque estimo una exigencia del derecho natural y de mis convicciones religiosas la indisolubilidad del matrimonio por causas distintas de la muerte de uno de los cónyuges.

Entiendo que mantener el texto actual, al decir que la ley regulará las causas de disolución y sus efectos, supone prejuzgar, admitir "a priori" el divorcio, ya que, como señaló gráficamente en el Congreso el Diputado Sr. Mendizabal, no

parece lógico pensar que se pretenda regular la muerte.

Existen por supuesto, argumentos de otro orden que el estrictamente religioso y moral, fundamentalmente de tipo sociológico, en los que no quiero insistir, pues son de sobra conocidos y no deseo entablar polémica alguna. Tan sólo citaré un informe recientemente publicado en la prensa en el que se destacaba cómo, de 570.000 delincuentes juveniles existentes en Estados Unidos, el 82% eran hijos de divorciados.

Quiero insistir en la gravedad de este artículo para muchas conciencias y manifestar que, en cualquier caso, si llegara a plantearse el tema de la eventual admisión del divorcio, espero, al menos, que se efectúe previa consulta popular, como se ha hecho en otros países de Europa" (974).

La enmienda del Sr. Gamboa fue rechazada por 19 votos en contra con dos abstenciones: El Sr. Gamboa la mantiene para el Pleno, y la apoya la Sra. Landáburu, del Grupo Mixto.

b) Voto particular nº 171 -enmienda nº 465- del Sr. D.Lluis María Xirinacs Damians al apartado 2º del art. 30:

"... El matrimonio puede disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los consortes si concurre justa causa de acuerdo con la Ley de Divorcio".

Sin lugar a duda, el discurso del Sr. Xirinacs -sacerdote- en defensa de su enmienda ante la Comisión de Constitución del Senado es el más importante de todos cuantos se pronunciaran en las Cortes Constituyentes sobre este tema.

La política de consenso había relegado a un segundo plano la discusión del problema que suponía la admisibilidad o no del principio del divorcio, así como del sistema a seguir en la regulación de esta institución jurídica: La consecuencia de esta política de consenso es la formulación de un texto ambi-

guo pero suficiente para no cerrar la posibilidad de la admisibilidad del divorcio vincular en nuestra futura legislación.

El Sr. Xirinacs afronta el problema desde una perspectiva de realidad histórica: En la inmensa mayoría de los países, después de muchos años de discusiones, se ha ido imponiendo la ley de Divorcio, que permite la disolución cuando la voluntad de unión ha desaparecido. Si esto es así, no se explica el Sr. Xirinacs porqué no se dice claramente: Puede y debe, con las debidas cautelas, que la ley puede prever para evitar los males que puede llevar también consigo el divorcio, aceptarse una ley que regule esta institución jurídica.

No analiza, pues, el Sr. Xirinacs el problema técnico-jurídico de si el principio del divorcio es o no materia constitucional: Para el Sr. Xirinacs es necesario afrontar el tema del divorcio, sin que la condición de cristiano pueda ser obstáculo para ello. Y es que, para el Sr. Xirinacs, tal y como manteníamos en el capítulo primero de esta tesis doctoral, el matrimonio, el matrimonio indisoluble es expresión del amor, del amor entre un hombre y una mujer: Ese amor humano o sin límite ni cortapisas es enuncio del amor supremo de Dios para los creyentes:

"... Entramos en el polémico texto de la posible disolución matrimonial y otra vez hay dificultades en decir las cosas claras en el texto, presumiblemente por razones de moral emanadas de la Teología católica. No habría que repetir aquí que una cosa es la legislación civil y otra la moral católica. Si no todos los ciudadanos son católicos, es discriminación e injusticia hacer pasar a todos por el rasero que rige sólo a una parte. En la inmensa mayoría de estados, después de muchos años de discusiones, se ha ido imponiendo la Ley del Divorcio que, como una posible ley de autodeterminación, no obliga ni recomienda a nadie romper vínculos, sino que permite la disolución cuando la voluntad de unión ha desaparecido. Esto representa una gran mejora para la humanidad, que aprende así a fiar mas de la libertad, la voluntad y

el amor que de la fuerza, la coacción y la cadena.

Pero en mi condición de cristiano, católico y sacerdote puedo y debo decir, a los que se sienten vinculados por su militancia católica convencida, que somos herederos de situaciones históricas que poco tienen que ver con la voluntad del fundador Jesus de Nazaret. Habría que estudiar un poco más la Biblia y la Historia y muchas posiciones absolutas se volverían más relativas y la Iglesia estaría más cerca de la realidad de sus hijos.

Entre los judios hubo divorcio. Evidentemente a favor del hombre, no de la mujer. Jesús, a pesar de que existan ciertos textos más endurecidos que otros, según que hagiógrafos escriban, no viene a mandar, sino a liberar. No hace leyes, da consejos. Ser judio obliga a leyes. Ser cristiano es algo libre, gracioso, generoso, plural. Muchos dones y un espíritu. No una ley. Unos expresan el amor de Dios por el desprendimiento de los bienes, otros por el martirio, otros por la abstinencia de relaciones sexuales y otros por el amor indisoluble y para siempre. Es un signo del amor pleno de Dios. Hay amores humanos limitados y amores infinitos. El amor tiene algo de infinito. Es absurdo comenzar a amar con condiciones, con cartas escondidas en la manga. Ese amor humano o sin límite ni cortapisas es anuncio del amor supremo de Dios para los creyentes.

Es un sacrilegio convertir el matrimonio indisoluble evangélico, esa expresión libre y graciosa del amor supremo, en un contrato jurídico en nombre del evangelio. El contrato matrimonial es cosa de derecho civil, no de Teología católica, pero, por desgracia, la decadencia de los valores evangélicos primitivos torció las cosas. Se confunde hoy, a veces, el amor sin otro límite que la muerte con una jaula en donde un león y una tigresa se despedazan hasta la muerte sin poder escapar y perjudicando con ello gravemente a la descendencia.

En la Iglesia se practicó el divorcio durante el Imperio Romano. Sólo se fue prohibiendo paulatinamente en la Edad Media. Hasta el Concilio de Trento los canonistas discreparon sobre el carácter absoluto de la indisolubilidad del matrimonio. Se ve, pues, que incluso desde un punto de vista católico, no fanático, sino histórico y responsable, el antidivorccismo tiene una fuerza muy discutible.

Con las debidas cautelas, que la ley puede preveer para evitar los males que puede llevar también consigo el divorcio, debe, pues, aceptarse esta Ley" (975).

La enmienda del Sr. Xirinacs fue rechazada por trece votos en contra y dos a favor, con nueve abstenciones: El Sr. Xirinacs la mantiene para el pleno, y la apoya el Sr. Pedrol Rius.

c) Voto particular Núm. 172 -enmienda nº 389- del Sr. D. Alfonso Ossorio García al apartado 2 del artículo 30:

"La Ley civil establecerá las formas de celebración del matrimonio y los derechos y deberes de los cónyuges. Asimismo, podrá regular la separación y disolución civil y sus efectos".

En nombre del Sr. Ossorio, el Sr. Sánchez Agesta mantiene ante la Comisión de Constitución del Senado la enmienda suscrita por el Sr. Ossorio, con los fundamentos alegados por éste.

Esta enmienda fue rechazada por diez votos en contra y ninguno a favor, con catorce abstenciones: El Sr. Sánchez Agesta, en nombre del Sr. Ossorio la mantiene para el Pleno (976).

d) Voto particular nº 175 -enmienda nº 675-, del Grupo Parlamentario Agrupación Independiente, al apartado 2 del art. 30:



"La Ley regulará la forma del matrimonio civil, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Esta enmienda, como puede observarse, se reduce extrictamente a añadir la palabra "civil": En defensa de la misma, el Sr. Azcárate Florez expresa que la introducción del adjetivo "civil" supone dejar claro que la legislación civil no interviene en el ordenamiento del matrimonio religioso de los ciudadanos que quieran celebrarlo, ni en la regulación de sus efectos ni, mucho menos, en la legitimación moral y canónica de su disolución: De esta forma, ningún cristiano podrá decir "no" a la Constitución por razones de conciencia, ya que esta redacción deja intacta la comprensión y realización del matrimonio sacramental, con su característica propia de indisolubilidad, y lo único que hace es crear la posibilidad de otro tipo de comprensión y realización del matrimonio para quienes no compartan la fe católica, lo que, a su vez, es simple resultado de la aplicación del principio de libertad religiosa del Vaticano II y de la desconfesionalización del Estado operada en anteriores artículos de esta Constitución. Para el Sr. Azcárate no se puede decir que sea directamente contrario a la conciencia católica el aceptar que el Estado regule la posibilidad de disolución civil de un matrimonio contraído también civilmente, pues cuando algunos cristianos arguyen que todo matrimonio, por su naturaleza propia, es indisoluble y que, consiguientemente, el cristiano, por ley natural, estaría obligado a oponerse a este artículo, se está olvidando que la razón fundamental que la Iglesia ha dado para la indisolubilidad ha sido la sacramentalidad de un matrimonio entre cristianos, cuando este ha sido consumado.

La enmienda del Grupo Parlamentario Agrupación Independiente fue rechazada por 16 votos en contra y 6 a favor, con dos abstenciones: El Sr. Azcárate la mantiene para el Pleno (977).

Efectuada la votación del apartado segundo del art. 30 del texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, se aprueba, sin modificación alguna, por la Comisión de Constitución del Senado por 22 votos a favor con 2 abstenciones (978).

---

(973) La aprobación final de todo el conjunto de la Constitución se llevó a cabo en el Congreso de los Diputados en la Sesión Plenaria nº 43, celebrada el día 21 de Julio de 1978 -NUM. 116- aprobándose el Proyecto de Constitución por 258 votos a favor, 2 en contra y 14 abstenciones.

El texto del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados se publicó en el B.O. de las Cortes del día 24 de Julio de 1978 -NUM. 135-.

(974) Intervención del Sr. Gauboa Sánchez-Barcaiztegui en defensa de su enmienda -voto particular num. 168, enmienda núm. 177-: Diario de Sesiones del Senado: Comisión de Constitución, Sesión nº 7, celebrada el día 29 de Agosto de 1978 -NUM. 45-: p. 2000.

(975) Intervención del Sr. Xirinacs en defensa de su enmienda -voto particular nº 171, enmienda nº 465-: Diario de Sesiones del Senado: Comisión de Constitución: Sesión nº 7, Celebrada el día 29 de Agosto de 1978 -NUM. 45-, p. 2010.

(976) Los argumentos del Sr. Ossorio a la enmienda por él suscrita se verán en la defensa que de la misma lleva a cabo el Sr. Ossorio en la sesión plenaria del Senado, nº 35, en la que se debate el art. 32 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución.

(977) Intervención del Sr. Azcárate en defensa de la enmienda del Grupo parlamentario Agrupación Independiente: Diario de Sesiones del Senado: Comisión de Constitución, Sesión nº 7, celebrada el día 29 de Agosto de 1978: p. 2013.

(978) En el dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al Proyecto de Constitución, el art. 30 del texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados pasa a ser el art. 32.

El Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al Proyecto de Constitución, así como los votos particulares al Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución se publican en el Boletín Oficial de las Cortes del día 6 de Octubre de 1978 -NUM. 157-.

13.1.6. En la sesión plenaria del Senado número 35 tiene lugar el debate del apartado segundo del artículo 32 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución: Retirado por el Sr. Xirinacs Damians el voto particular por él suscrito -voto particular nº 171, enmienda nº 465-, y por el Sr. Sampedro Saez, en nombre del Grupo Parlamentario Agrupación Independiente, el voto particular suscrito por este Grupo Parlamentario -voto particular 175, enmienda nº 675-, pasan a debate los votos particulares nº 168, del Sr. Gamboa Sánchez-Barcáiztegui, y nº 172, del Sr. Ossorio García.

a) Voto particular nº 168 -enmienda nº 177- del Sr. Gamboa Sánchez Barcáiztegui según la nueva redacción que propone el Pleno del Senado del artículo 32 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución:

"El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges, cuyo régimen y regulación establecerá la ley".

En defensa del voto particular por él suscrito, el Sr. Gamboa lee básicamente el discurso que ya pronunciara ante la Comisión de Constitución del Senado, aun cuando ahora destaca especialmente los argumentos de tipo sociológico en defensa del principio de indisolubilidad del matrimonio, y ello en su doble orden: primero, respecto de los graves efectos que en el seno familiar, principalmente respecto a los hijos, se derivan de la admisión del divorcio; segundo, en cuanto a los efectos que se derivan indirectamente para la sociedad en su conjunto (979).

Consumiendo un turno en contra del voto particular del Sr. Gamboa, el Senador Sr. Villar Aguerri deja claro que no cabe la confusión de querer identificar dos ordenamientos jurídicos que tienen distinta esfera de aplicación, de una parte

el ordenamiento jurídico canónico, cuya esfera de aplicación se reserva al ámbito de la conciencia, y de otra parte el ordenamiento jurídico civil, cuya esfera de aplicación se reserva al ámbito de los efectos civiles: si el ordenamiento jurídico civil se mueve sola y exclusivamente en el ámbito de los efectos civiles, no puede decirse que se interfiere en el ámbito del ordenamiento jurídico propio de la Iglesia:

"... Respeto profundamente lo que su conciencia ha dictado al senador Sr. Gamboa para la defensa de su voto particular con referencia a este artículo de la Constitución.

Debo decir, sin embargo, al Sr. Gamboa que el divorcio no es institución ajena a la Iglesia de la que él y yo somos miembros. Ahí están para demostrarlo los casos de la dispensa "super ratio", no consumado, del privilegio petrino, del privilegio paulino, por no citar sino los más conocidos. Pero, sobre todo, yo diría al Senador Gamboa, que lo que su conciencia le exige, y lo que le ha inducido a esta intervención en defensa de su voto particular, es la defensa del Sacramento.

Es obvio que la Constitución que, trabajosamente, estamos elaborando es la norma suprema del ordenamiento jurídico civil vigente en España. Es obvio que la Constitución a nadie va a imponer el deber de divorciarse: que la Constitución no puede entrar ni entra en el ámbito del ordenamiento jurídico propio de la Iglesia, porque son esferas distintas, cada una de ellas independiente de la otra, sin perjuicio de esas relaciones de cooperación que la propia Constitución admite.

No teman, pues -pienso-, los que profesen la misma fe que yo, puesto que en nada podrá la Constitución que estamos aprobando interferir el matrimonio, entendido sacramentalmente y, por consiguiente, como unión indisoluble de una pareja humana, que sólo la muerte puede disolver. En cambio,

creo que cada día son más numerosos los casos de separación conyugal que se presentan en nuestra sociedad. En el fondo, rota la familia en su base matrimonial, las consecuencias que de hecho se siguen para los hijos no son distintas de las que se generan en virtud del divorcio.

Por eso, y porque en otro precepto de la Constitución se ha admitido el principio de libertad religiosa, creo que es nuestro deber aprobar el texto en los términos en que está concebida. El legislador civil tiene que legislar civilmente en el ámbito civil, en el de los efectos civiles; no cabe duda de que la inmensa mayoría, por no decir la totalidad de los países de nuestra cultura, admiten el divorcio entre sus instituciones. Son, pues, dos esferas distintas, reservada una al ámbito de la conciencia, otra a la regulación de los efectos civiles. En esta última, y sólo en esta última, en orden a los efectos civiles del matrimonio, es en la que nos movemos, en la que el texto constitucional ha acertado con un lenguaje preciso y técnico que no puede dejar lugar a duda alguna" (980).

Para defender el Dictamen, interviene el Sr. Carvajal Pérez, Presidente de la Comisión de Constitución del Senado, que, insistiendo en un argumento muy común de los partidarios del divorcio, señala que aquellos que por su constitución de católicos estimen que el matrimonio es indisoluble no harán uso del derecho que puede conceder este precepto y no intentarán la disolución civil del matrimonio, pero que aquellos que creen que el matrimonio puede disolverse tienen derecho, por la libertad de creencia que a todos concede la Constitución, a instar la disolución del matrimonio (981).

El voto particular del Sr. Gamboa fue rechazado por 150 votos en contra y 3 a favor, con 16 abstenciones.

b) Voto particular nº 172 -enmienda nº 389- del Sr. Ossorio García al apartado 2º del artículo 32 del Dictamen de

la Comisión de Constitución del Senado, que, en la enmienda "in voce" presentada por el Sr. Osorio a la Mesa de la Comisión-Constitucional, se refunde con el voto particular nº 170 -enmienda nº 389- del Sr. Osorio García al apartado 1º del artículo 32 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, según la siguiente redacción:

"La familia es el elemento natural o fundamental de la sociedad. El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio basado en la igualdad jurídica de los cónyuges. La ley establecerá las formas de celebración del matrimonio y los derechos y deberes de los cónyuges. Asimismo, podrá regular la separación y disolución civil y sus efectos".

Para el Sr. Osorio, como para los demás miembros de Alianza Popular, no es conveniente la sanción constitucional de la disolución del matrimonio, ya que seguramente restaría mucha fuerza al consenso deseable para la aprobación de la Constitución. Son dos las modificaciones que propone: De una parte, la sustitución de la palabra "regulará" -término imperativo- por las palabras "podrá regular" -término facultativo-; de otra, que no se trate de imponer a los creyentes unos principios contrarios a su conciencia, para lo cual alude a un pacto constitucional que permita que los católicos no se divorcien, porque está así con arreglo a su conciencia, y lo puedan hacer con arreglo a la regulación de la ley civil los no creyentes, y de ahí el término "civil" que añade tras las palabras "separación" y "disolución":

"... Quiero aclarar, para ser perfectamente comprendido por los Senadores, que personalmente defendiendo prudentemente que no toda ley divorcista es intrínsecamente mala, y que no se puede obligar a los no creyentes a admitir un principio de no divorcio. Sin embargo, entiendo que la palabra "regulará" debe ser sustituida por las palabras "podrá ser regulada",

sencillamente por razones políticas, porque no es conveniente esta sanción constitucional de la disolución del matrimonio, ya que seguramente restaría mucha fuerza al consenso deseable para la aprobación de la Constitución.

Aclaro, pues, mi posición. No creo que nadie, ningún creyente, pueda obligar a los que no lo son a admitir principios no divorcistas; pero ruego y pido que también los no creyentes no impongan a los que lo son, unos principios contrarios a sus conciencias.

Y un pequeño final para mis queridos amigos que tengan mi propia ideología, piensen igual que yo y sientan de mi misma manera. Hace unos días, un hombre modesto, hijo de un obrero italiano, que hoy se llama Juan Pablo I, el día 22 de septiembre de 1978 dijo estas palabras: "Debemos proclamar sin miedo lo que dice la fe sobre la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de que sea una parte difícil de nuestro mensaje" (982).

En contra, el senador Sr. Navarro Esteban señala que el texto constitucional se refiere, no al divorcio, sino a la disolución del matrimonio: el divorcio puede ser causa de disolución del matrimonio y puede no serlo, y, por lo tanto, no se establece ninguna obligación de que se regule el divorcio, sino una obligación de que se regulen las causas de disolución y sus efectos:

"... El texto no establece en absoluto el divorcio. Cuando se habla de disolución del matrimonio no se habla en absoluto necesariamente del divorcio. Se puede hablar también, y se debe hablar, del divorcio, pero actualmente, en el Código Civil vigente, nos encontramos con que se habla de la disolución del matrimonio y se enumeran, como causas de disolución del matrimonio, la muerte de cualquiera de los cónyuges, la nulidad del matrimonio, etc...

Tampoco se establece correlativamente una obligación de que se regule el divorcio por la ley civil; es una obligación de que se regulen las causas de disolución, las causas de separación y sus efectos. Qué duda cabe que en el ánimo de todos está que el precepto abre la posibilidad, afortunada, de regular el divorcio en nuestro país, pero desde el punto de vista jurídico-formal no cabe duda alguna de que no se establece ninguna obligación de regular el divorcio, por lo cual las precauciones, los recelos del Senador Osorio también parecen carecer de fundamento" (983).

Rechazados los votos particulares del Sr. Osorio García por 135 votos en contra y 15 a favor, con 20 abstenciones, se pasa a votar el texto del apartado segundo del artículo 32 del dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución, siendo aprobado por 160 votos a favor, uno en contra, con 9 abstenciones: En consecuencia, el Pleno del Senado no propone modificación alguna en este punto al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados (984).

La redacción definitiva del apartado segundo del artículo 32 de la Constitución fue dada por la Comisión Mixta, que añadió al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados la frase: "la edad y capacidad para contraerlo", quedando en consecuencia la redacción definitiva como sigue:

Artículo 32 número segundo de la Constitución Española:

"La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos" (985).

(979) Intervención del Sr. Gamboa ante el Pleno del Senado en defensa de la enmienda por él suscrita: Diario de Sesiones del Senado, sesión plenaria núm. 35 -Año 1978, NUM. 61-, págs. 3047-3048.



(980) Intervención del Sr. Villar Aguerri en contra del voto particular del Sr. Gamboa: Diario de Sesiones del Senado: Sesión Plenaria núm. 35 -Año 1978, NUM. 61-, págs. 3048-3049.

(981) Intervención del Sr. Carvajal Pérez en defensa del Dictamen: Diario de Sesiones del Senado: Sesión núm 35 -Año, 1978, NUM. 61-, pág. 3049.

(982) Intervención del Sr. Osorio en defensa de los votos particulares al artículo 32 del dictamen de la Comisión de Constitución del Senado que defiende conjuntamente, y que, además, en la enmienda "in voce" presentada a la Mesa se refunden, ante el Pleno del Senado: Diario de Sesiones del Senado: sesión plenaria nº 35 -Año 1978, NUM. 61-, págs. 3050-3052 y 3053.

(983) Intervención del senador Sr. Navarro Esteban en contra de los votos particulares del Sr. Osorio: Diario de Sesiones: Sesión plenaria nº 35 -Año, 1978, NUM. 61-, págs. 3052-3053.

(984) Pueden verse las modificaciones propuestas por el Pleno del Senado al texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados en el Boletín Oficial de las Cortes del día 13 de Octubre de 1978, -NUM. 161-.

(985) Aprobada por las Cortes en sesión plenaria del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el día 31 de Octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referendun celebrado el día 6 de Diciembre de 1978, y sancionada por S.M. el Rey D. Juan Carlos ante las Cortes el día 27 de Diciembre de 1978, se publicó la nueva Constitución Española en el Boletín Oficial del Estado del día 29 de Diciembre de 1978.

13.2. El Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de Enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de Diciembre de 1979, y magisterio actual de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio:

Una vez promulgada la nueva Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, se hacía necesario la revisión de las relaciones entre el Estado Español y la Santa Sede, regidas por el Concordato de 27 de Agosto de 1953 (986):

Sustituido el Concordato de 27 de Agosto de 1953 por diversos Acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede, es de interés señalar y plantear algunos de los problemas que presenta el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979 -ratificado por Instrumento de 4 de Diciembre de 1979- (987), cuyo artículo VI dispone:

"1. El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2. Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rata y no consumado. A solicitar de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3. La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio

canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales" (988).

a) En el apartado primero del artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos viene a reconocerse al matrimonio canónico, es decir, al matrimonio válidamente contraído según las normas del Derecho Canónico sobre capacidad, impedimentos, consentimiento y forma, los mismos efectos civiles establecidos en el ordenamiento jurídico estatal para el matrimonio civil. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración, aun cuando para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria su inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

Este apartado reproduce textualmente el contenido del artículo XXIII del Concordato español de 27 de Agosto de 1953 -"El Estado Español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico"- Nos encontramos con dos pequeñas variaciones que, aun cuando no sean de gran relevancia, conviene, sin embargo, destacar: En el nuevo Acuerdo desaparece la palabra "plenos" y, al mismo tiempo, se añade un segundo párrafo. De estas variaciones se desprenden dos conclusiones:

1ª: Desde el punto de vista meramente psicológico, pero que expresa una realidad sociológica, es claro que el Estado Español desea relacionarse con la Iglesia Católica de una forma, valga la expresión, más objetiva, en definitiva, menos vinculante. Se huye de la confesionalidad del Estado y, por lo tanto, de declaraciones que denoten vinculación excesiva entre ambas potestades (989).

2ª: Contradicción existente entre este reconocimiento por el Estado del matrimonio celebrado según las normas del

Derecho Canónico, otorgando al matrimonio canónico, regulado en cuanto a su constitución y validez por el Derecho Canónico, los mismos efectos civiles que al matrimonio contraído según los requisitos y forma establecidos en el ordenamiento jurídico estatal, y el apartado segundo "in fine" del artículo VI del nuevo Acuerdo, contradicción a la que aludiremos a continuación.

En relación con el apartado segundo del artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos tenemos que, frente a la declaración contenida en el apartado primero del artículo XXIV del Concordato español de 27 de Agosto de 1953 -"El Estado Español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino"-, resulta:

1º: Que, y de conformidad con lo dispuesto a su vez en la Disposición Transitoria 2ª del Acuerdo -"Las causas estén pendientes ante los Tribunales eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953"-, se otorga a los Tribunales ordinarios la competencia exclusiva para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre separación matrimonial cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a partir de la vigencia en España del mismo. En consecuencia, al entrar en vigor el día 4 de Diciembre de 1979, fecha del canje de los respectivos Instrumentos de ratificación, el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, a partir de la vigencia del mismo los Tribunales civiles serán los únicos competentes para dictar, con efectos civiles, una sentencia de separación conforme a las causas de separación establecidas en el ordenamiento jurídico estatal de un matrimonio contraído canónicamente, tolerándose por la Iglesia que los fieles utilicen ante los Tribunales civiles las causas de mera

separación establecidas en las leyes civiles para obtener los efectos civiles de las resoluciones dictadas por los Tribunales civiles en esta materia.

A fin de evitar cualquier duda que pudiera plantearse sobre la materia, con carácter provisional en espera de lo que en definitiva se dispusiera en la Ley de desarrollo del artículo 32 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, se dictó el Real Decreto-Ley de 29 de Diciembre de 1979 -B.O.E. de 5 de Enero de 1981- por el que se regula el procedimiento a seguir en las causas de separación conyugal en las que, según reza el preámbulo del mismo, "por virtud de los acuerdos, desaparece la competencia hasta hoy atribuida a los Tribunales Eclesiásticos", afirmación que, en mi opinión, hay que entender en el sentido de que lo que desaparece no es la competencia de los Tribunales eclesiásticos sobre esta materia sino, y como señala el Sr. Fernández del Corral, "el compromiso y obligación del Estado de reconocer efectos civiles a sus resoluciones" en esta materia (990). Por evidentes razones de igualdad, dice igualmente el preámbulo del Decreto-Ley, se hace aconsejable seguir el mismo procedimiento cualquiera que sea la forma del matrimonio:

En su virtud, se dispone en el artículo 1º de este Decreto-Ley que "los procesos de separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se sustanciarán y decidirán por los Jueces de Primera Instancia con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los incidentes, con la única salvedad de que el período común para la proposición y práctica de prueba será de treinta días"; en cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal en esta clase de procesos, se establece en el inciso segundo de este mismo artículo que "no tendrá intervención en ellos el Ministerio Fiscal a menos que existan hijos menores o incapacitados", por lo que, "a contrario sensu", procede su intervención siempre que existan hijos menores o incapacitados:

Respecto a las medidas a que se refieren los artículos

68 del Código Civil y 1886 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece en el artículo 2º del Decreto-ley que se adoptará, en pieza separada, por el mismo Juzgado al que corresponda el conocimiento de la causa principal.

Un somero análisis de este Decreto-ley con el Decreto dictado por el Gobierno provisional de la República de 3 de Noviembre de 1931 sobre competencia de los Tribunales civiles en los pleitos de nulidad y de divorcio (991) nos muestra, aparte el distinto rango jerárquico de ambas disposiciones, cómo mientras el Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1979 procede, en virtud de una norma jurídica internacional convenida entre el Estado Español y la Santa Sede que reúne todas las condiciones necesarias previstas en el artículo 96 de la Constitución Española para formar parte del ordenamiento jurídico interno español, a regular con carácter provisional y hasta tanto se dicte la Ley que desarrolle el artículo 32 de la Constitución los aspectos procesales que puedan derivarse de los procesos de separación conyugal cuya competencia se otorga a partir de la vigencia de dicho convenio a los Tribunales ordinarios que conocerán, con efectos civiles de las demandas de separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, el Decreto republicano de 3 de Noviembre de 1931 vino, de una manera unilateral y arbitraria, a otorgar, como medida de urgencia hasta tanto no se cumpliera en toda su integridad el designio confiado a la República española de devolver al Poder civil las atribuciones de que el Estado había hecho dejación en manos de la Iglesia que sería plenamente realizado cuando se estructurase en leyes orgánicas el régimen de separación de ambas potestades, a los Tribunales ordinarios la competencia exclusiva para conocer con efectos civiles de las demandas sobre divorcio y nulidad de matrimonio, cualquiera que fuera la forma de su celebración.

A su vez, la Ley de 26 de Diciembre de 1980 deroga el Real Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1979 y regula, con algunas variaciones procesales, el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial (992).

2º: Que no se alude en el Acuerdo al procedimiento relativo al Privilegio Paulino, por cuya virtud el Estado no se obliga a reconocer efectos civiles a la disolución eclesiástica del matrimonio celebrado en la infidelidad cuando uno de los cónyuges recibe el bautismo y el otro se niega a seguir viviendo pacíficamente con él sin ofensa del Creador por aplicación de este privilegio (993).

3º: Que frente a la declaración contenida en el apartado tercero del artículo XXIV del Concordato español de 27 de Agosto de 1953 -"Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará -cuando se trate de nulidad, de dispensa "super rato" o aplicación del privilegio paulino- que sean anotadas en el registro del estado civil al margen del acta de matrimonio"- resulta del apartado segundo del artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos que si los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, pueden acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, lo que, a su vez, es consecuencia lógica del reconocimiento por el Estado, en el apartado primero del Acuerdo, de los civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico, ante una sentencia eclesiástica de nulidad de matrimonio canónico o ante una decisión pontificia sobre rato o no consumado, su eficacia en el orden civil se supedita a que sean declaradas, a solicitud de cualquiera de las partes, ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente:

Esta posible contradicción se salva entendiendo, con el profesor don José Giménez y Martínez de Carvajal (994), que se trata, en estos casos, de un control de legalidad, semejante al que hace el Estado ante una sentencia de tribunal extranjero: El tribunal civil, señala el profesor Carvajal, podrá examinar

la autenticidad del documento presentado y podrá igualmente comprobar si el Tribunal que dió la sentencia era competente y si la sentencia era ya definitiva, pero lo que no podrá hacer nunca el tribunal civil -ante una sentencia eclesiástica de nulidad de matrimonio canónico o ante una decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado- es entrar en el fondo de la cuestión, ya que el Tribunal civil no actúa, en estos casos, como tribunal de apelación, y, por lo tanto, ni puede revisar en apelación la sentencia eclesiástica o decisión pontificia de acuerdo con las normas canónicas, ni, mucho menos, resolver directamente en conformidad con las normas civiles que no fueron las que dieron vida al matrimonio canónico.

c) De la declaración del apartado tercero del artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos puede deducirse con toda claridad que la Santa Sede deja vía libre al Estado Español para la regulación del divorcio civil, mas al respecto es necesario consignar, siguiendo al profesor Martínez de Carvajal:

1º: Que el matrimonio canónico es sin duda indisoluble en la doctrina y en el ordenamiento jurídico de la Iglesia, fuera de los conocidos casos de rato y no consumado y de los llamados privilegios paulinos y petrino.

2º: Que el reconocimiento por el Estado de los efectos civiles al matrimonio canónico no implica, por sí y necesariamente, la indisolubilidad civil de dicho matrimonio, o dicho en términos más exactos, aquel reconocimiento no es necesariamente incompatible con el cese de aquellos mismos efectos civiles que le fueran atribuidos por el ordenamiento jurídico estatal.

3º: Que el Estado puede perfectamente "civilizar" o hacer suyos los efectos que derivan de las normas canónicas reguladoras del matrimonio canónico y, en especial, de sus propiedades esenciales, y ello mediante una remisión al derecho de la Iglesia, o estableciendo, simplemente, la indisolubilidad



también civil de los matrimonios canónicos, pero ello no se deriva necesariamente ni del reconocimiento por el Estado de los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico ni del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos.

4º: Que, en consecuencia, el reconocimiento por el Estado de los efectos civiles al matrimonio canónico no lleva consigo, ni del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos puede deducirse lo contrario, la imposibilidad del cese de aquellos mismos efectos civiles que le fueron atribuidos por el ordenamiento jurídico estatal.

5º: Que al no haberse definido el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos por ninguna de las dos fórmulas expresadas en los apartados 3º y 4º que preceden, por lo que -desde un punto de vista sólo y estrictamente jurídico-internacional- ambas son posibles, y ante la posibilidad de que se admita por la legislación civil la institución jurídica del divorcio civil incluso para los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, la Santa Sede ha querido subrayar positiva y expresamente en el mismo texto concordado la grave obligación ética de los contrayentes católicos de no acogerse a las posibilidades legales que les ofrecería una posible ley de divorcio, reafirmando el valor permanente de la doctrina católica de la indisolubilidad del matrimonio (1995), y así se han expresado igualmente los Obispos españoles en dos documentos fundamentales, la Instrucción colectiva del Episcopado español sobre el divorcio civil de 23 de Noviembre de 1979 (1996) y la Declaración de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española de 3 de Febrero de 1981 (1997).

---

(1986) "A.A.S. 45 -1953- 625 y ss.; Boletín Oficial del Estado de 19 de Noviembre de 1953": Código de Derecho Canónico y legislación Complementaria, B.A.C., 11 ed., M. 1978, p. 1021 a 1049.

(1987) Boletín Oficial del Estado del día 15 de Diciembre de 1979. Cfr. Apéndice VIII de la Tesis.

(988) PROTOCOLO FINAL del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos en relación con el artículo VI, 1:

"Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y, en todo caso, el párrafo en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas.

Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas".

Cfr. Navarro Valls, Rafael: "El matrimonio", en "Derecho Eclesiástico del Estado Español", EUNSA, Pamplona, 1980, p. 407 a 488.

(989) Frente a la declaración contenida en el artículo I del Concordato español de 27 de Agosto de 1953 -"La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación Española, y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico"-, el número tercero del artículo 16 de la nueva Constitución española establece: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

(990) Cfr. Fernández del Corral, Julian M.: "Las nuevas causas de separación matrimonial", en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 1/1980, Enero-Marzo, p. 49 a 53.

(991) Cfr. el punto 3.1. de la tesis.

(992) Ley 26 de Diciembre de 1980, núm. 78/80 (Jefatura del Estado), por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación conyugal -B.O.E., 10 de Enero de 1981-

Artículo 1º: Los procesos de separación conyugal, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se sustanciarán y decidirán por los Jueces de Primera Instancia con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los incidentes, con la única salvedad de que el período común para la proposición y práctica de prueba será de 30 días. No tendrá intervención en ellos el Ministerio Fiscal, a menos que existan menores, ausentes o incapacitados.

Si el demandado reconviniera se dará traslado de su escrito al actor para que conteste a la reconvenición dentro del plazo de seis días.

En estos procesos no será de aplicación lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 2º: Las medidas a que se refieren los artículos 68 del Código civil y 1886 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil se adoptarán, en pieza separada, por el mismo Juzgado al que corresponda el conocimiento de la causa principal.

Artículo 3º: Las medidas provisionales adoptadas se mantendrán en vigor hasta que se haya proveído a la ejecución de la sentencia, en resolución definitiva y, en su caso, a la reclamación de alimentos.

Artículo 4º: La presente Ley será de aplicación a los procesos iniciados a partir de la vigencia del acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos.

Disposiciones derogatorias: La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "B.O.E.", quedando derogado el Real Decreto-ley 22-1979 de 29 de Diciembre.

(993) Cfr. cánones 1120 ss. Código de Derecho Canónico y comentarios a los mismos de Miquélez, B.A.C., 11ª ed., M. 1978, p. 435 ss.

(994) Gimenez y Martínez de Carvajal, José: "El matrimonio canónico en el proyecto de ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio": Trabajo no publicado en el momento de escribir estas hojas.

(995) Sin entrar en el estudio de discursos, mensajes y homilias de los Papas Pablo VI, Juan Pablo I y Juan Pablo II en que exponen clara y rotundamente la doctrina tradicional católica

de la indisolubilidad del matrimonio pronunciándose en contra del divorcio civil como institución que dificulta la estabilidad y permanencia del matrimonio y origen de la destrucción moral de la familia y de la misma sociedad uno de cuyos baluartes más firmes es la defensa y promoción religiosa, moral, civil, social y jurídica de la familia, el magisterio actual de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio se contiene en la doctrina del Concilio Vaticano II, y de modo especial en la Constitución pastoral "Gaudium et spes", sobre la Iglesia en el mundo actual, promulgada solemnemente por S.S. Pablo VI tras su votación en la sesión final del Concilio celebrada el día 7 de Diciembre de 1965 con el resultado de 2309 votos favorables, 75 adversos y 7 nulos:

Después de haber expuesto en su parte primera la gran dignidad de la persona humana y la misión, tanto individual como social, a la que ha sido llamada en el mundo entero, se detiene, en su parte segunda, en el análisis de algunos problemas actuales más urgentes que afectan profundamente al género humano, y entre estas cuestiones que preocupan a todos se menciona el matrimonio, examinando en el capítulo I de esta parte "dignidad del matrimonio y de la familia" el matrimonio como institución natural y sagrada, elevada por Cristo al rango de sacramento, y exponiendo algunos de los puntos capitales de la doctrina de la Iglesia sobre la institución matrimonial y familiar con la pretensión de iluminar y fortalecer a los cristianos y a todos los hombres que se esfuerzan por garantizar y promover la intrínseca dignidad del estado matrimonial y su valor eximio:

El punto de partida de la exposición conciliar es la afirmación de que "el bienestar de la persona y de la sociedad humana y cristiana está estrechamente ligado a la prosperidad de la comunidad conyugal y familiar", de ahí que "los cristianos, junto con todos los que tienen en gran estima a esta comunidad, se alegran sinceramente de los varios medios que permiten hoy a los hombres avanzar en el fomento de esta comunidad de amor y en el respeto a la vida y que ayudan a los esposos y padres en el cumplimiento de su excelsa misión"; con todo, la dignidad de la familia no brilla en todas partes con el mismo esplendor, "puesto que está oscurecida por la poligamia, la epidemia del divorcio, el llamado amor libre y otras deformaciones", y con frecuencia "el amor matrimonial queda frecuentemente profanado por el egoísmo, el hedonismo y los usos ilícitos contra la generación", a lo cual se suma el que los problemas surgidos a consecuencia del incremento demográfico y de la actual situación económica, sociopsicológica y civil son origen de fuertes perturbaciones para la familia y han creado dificultades y angustias de conciencia, y, sin embargo, "un hecho muestra bien el vigor y la solidez de la institución matrimonial y familiar: las profundas transformaciones de la sociedad contemporánea, a pesar de las dificultades a que han dado origen, con muchísima frecuencia manifiestan, de varios modos, la verdadera naturaleza de tal institución":

Sobre esta base de la problemática del matrimonio y la familia en el mundo actual, se pasa a exponer el origen divino de esta institución que nace ante la sociedad por el acto humano por el cual los cónyuges prestan su consentimiento personal e irrevocable, presentando esta sociedad de hombre y mujer como una íntima unión y entrega de dos personas ordenada por su propia naturaleza a la procreación y a la educación de la prole y que exige para el cumplimiento de los fines por que fue instituida la plena fidelidad conyugal y su indisoluble unidad: "Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre un consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina. Este vínculo sagrado, en atención al bien tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana. Pues es el mismo Dios el autor del matrimonio, al cual ha dotado con bienes y fines varios, todo lo cual es de suma importancia para la continuación del género humano, para el provecho personal de cada miembro de la familia y su suerte eterna, para la dignidad, estabilidad, paz y prosperidad de la misma familia y de toda la sociedad humana. Por su índole natural, la institución del matrimonio y el amor conyugal están ordenados por sí mismos a la procreación y a la educación de la prole, con as que se cifan como con su corona propia. De esta manera, el marido y la mujer, que por el pacto conyugal "ya no son dos, sino una sola carne (Mt. 19,6)", con la unión íntima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente. Esta íntima

unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad". Este amor conyugal, que es imagen y participación de la alianza de amor entre Cristo y la Iglesia, se rige y enriquece por la virtud redentora de Cristo que sale al encuentro de los esposos cristianos por medio del sacramento del matrimonio con el que los esposos cristianos están fortificados y fortalecidos para cumplir dignamente sus deberes de estado y la sublime misión que como padres les corresponde en la educación principalmente religiosa, de los hijos: "Cristo Nuestro Señor bendijo abundantemente este amor multiforme, nacido de la fuente divina de la caridad y que está formado a semejanza de su unión con la Iglesia. Porque así como Dios antiguamente se adelantó a unirse a su pueblo por la alianza de amor y de fidelidad, así ahora el Salvador de los hombres y Esposo de la Iglesia sale al encuentro de los esposos cristianos por medio del sacramento del matrimonio. Además, permanece con ellos para que los esposos, con mutua entrega, se amen con perpetua fidelidad, como El mismo amó a la Iglesia y se entregó por ella. El genuino amor conyugal es asumido en el amor divino y se rige y enriquece por la virtud redentora de Cristo y la acción salvífica de la Iglesia para conducir eficazmente a los cónyuges y a Dios y ayudarlos y fortalecerlos en la sublime misión de la paternidad y maternidad. Por ello los esposos cristianos, para cumplir dignamente sus deberes de estado, están fortificados y como consagrados por un sacramento especial, con cuya virtud, al cumplir su misión conyugal y familiar, imbuidos del espíritu de Cristo, que satura toda su vida de fe, esperanza y caridad, llegan cada vez más a su propia perfección y su mutua santificación, y, por tanto, conjuntamente, a la glorificación de Dios".

Este amor conyugal, santificado por el sacramento, al unir conjuntamente valores humanos y divinos, lleva a los esposos a un don libre y mutuo de sí mismos, por encima de cualquier mera atracción erótica pasajera, en una fidelidad indisoluble: "Este amor, ratificada por la mutua fidelidad y sobre todo por el sacramento de Cristo, es indisolublemente fiel, en cuerpo y mente, en la prosperidad y en la adversidad y, por tanto, queda excluido de él todo adulterio y divorcio. El reconocimiento obligatorio de la igual dignidad personal del hombre y de la mujer en el mutuo y pleno amor evidencia también claramente la unidad del matrimonio confirmada por el Señor".

Aun cuando el matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole, en cuya esencial misión caben los esposos que son cooperadores de Dios en el deber de transmitir la vida humana y de educarla, en cuyo deber han de obrar con responsabilidad humana y cristiana, sin embargo la procreación no es el único fin del matrimonio, el cual conserva toda su validez e indisolubilidad aunque la descendencia falte: "Pero el matrimonio no ha sido instituido solamente para la procreación, sino que la propia naturaleza del vínculo indisoluble entre las personas y el bien de la prole requieren que también el amor mutuo de los esposos mismos se manifieste, progrese y vaya madurando ordenadamente. Por esto, aunque la descendencia, tan deseada muchas veces, falte, sigue en pie el matrimonio como intimidad y comunión total de la vida y conserva su valor e indisolubilidad".

Concluye este capítulo de la Constitución pastoral "Gaudium et spes" aludiendo al problema que supone el cultivo del amor fiel y la plena intimidad de vida de los esposos, que de interrumpirse puede comprometer la felicidad e incluso el bien de la prole, con la responsable transmisión de la vida, recordando que no puede haber contradicción verdadera entre las leyes divinas de la transmisión obligatoria de la vida y del fomento del genuino amor conyugal y que la existencia humana es algo sagrado que no se limita a este mundo sino que siempre mira el destino eterno de los hombres, por lo que, una vez concebida, no puede ya ser suprimida, declarando el aborto y el infanticidio como crímenes abominables. Finalmente se exhorta a todos los que influyen en las comunidades y grupos sociales, a los científicos, sacerdotes y a los propios cónyuges a contribuir eficazmente al progreso del matrimonio y de la familia, que constituye el fundamento de la sociedad (Constitución pastoral "Gaudium et spes", en "Documentos del Vaticano II: Constituciones, Decretos, Declaraciones", B.A.C., Madrid, 1969, 7ª ed., p. 243 a 252).

También el Papa Juan XXIII se suma en dos de sus grandes Encíclicas, "Mater et Magistra" y "Pacem in terris", al magisterio actual de la Iglesia sobre la indisolubilidad del matrimonio

declarando que la familia la cual se funda en el matrimonio uno e indisoluble, que para los cristianos ha sido elevado a la dignidad de sacramento, es semilla primera y natural de la sociedad humana y medio de propagación de la vida humana: "En esta materia -"incremento demográfico y desarrollo económico"- hacemos una grave declaración; la vida humana se comunica y propaga por medio de la familia, la cual se funda en el matrimonio uno e indisoluble, que para los cristianos ha sido elevado a la dignidad de sacramento" (Encíclica "Mater et Magistra", núm. 193: En "Cinco grandes mensajes", B.A.C., M. 1968 2ª ed. p. 62); "Por lo que toca a la familia, la cual se funda en el matrimonio libremente contraído, uno e indisoluble, es necesario considerarla como la semilla primera y natural de la sociedad humana" (Encíclica "Pacem in terris", núm. 16: En "Cinco grandes Mensajes", B.A.C., M. 1968, 2ª ed., p. 95).

(1996) Instrucción colectiva del Episcopado español sobre el divorcio civil de 23 de Noviembre de 1979 (Cfr. Apéndice IX de la tesis):

Anunciadas en el programa legislativo del Gobierno importantes modificaciones del derecho de la familia, que pueden afectar seriamente a su estabilidad, con la introducción del divorcio civil, los Obispos españoles se pronuncian ante este hecho, que cae de lleno dentro de orden moral y compromete la conciencia de los cristianos, exponiendo a todos los ciudadanos y, especialmente a cuantos se sienten miembros de la Iglesia, el magisterio de la Iglesia sobre el matrimonio:

Dentro del magisterio de la Iglesia sobre el matrimonio destaca su doctrina sobre la indisolubilidad del matrimonio, que no es sino la expresión normativa de la exigencia de fidelidad que brota del auténtico amor conyugal, de la alianza personal de los esposos, del bien de los hijos y de la dimensión social de la institución matrimonial, que rebasa los intereses privados de los cónyuges. Por ello, el vínculo conyugal del matrimonio queda sustraído a la voluntad privada de los cónyuges y es intrínsecamente indisoluble, por lo que las normas jurídicas deberán reconocer, garantizar y fomentar esta estabilidad del matrimonio, que brota de la entraña de la misma realidad conyugal, para estar de acuerdo con las exigencias del orden moral. En el matrimonio cristiano, que es, por voluntad de Cristo, el sacramento que actualiza y manifiesta en los esposos la unión inefable, el amor fidelísimo y la entrega irrevocable de Jesucristo a su esposa la Iglesia, su estabilidad e indisolubilidad adquieren una particular firmeza y una significación y valor especial:

De ahí que, en orden al problema de una eventual legislación del divorcio, propongan los Obispos los siguientes criterios fundamentales:

a) El divorcio, en cuanto pone en peligro la estabilidad inherente al vínculo matrimonial que es un valor sumamente importante para la vida afectiva de los esposos, para el bien de los hijos, para la firmeza de la familia, y, al mismo tiempo, un elemento integrante fundamental del bien común de la sociedad, es un mal para la sociedad.

b) El divorcio no es un derecho de la persona humana, sino, a lo más, un supuesto remedio a un mal social, pero este pretendido remedio es, a su vez, una grave amenaza contra la estabilidad del vínculo matrimonial por cuanto induce a pensar que el matrimonio es disoluble y supone la introducción legalizada de una premisividad que socava las bases más firmes de la sociedad y de la familia.

c) La experiencia enseña que la admisión del divorcio como posibilidad legal no sólo induce y mueve a los propios legisladores a deslizarse por el plano inclinado de la progresiva multiplicación de las causas que declaran legalmente roto el compromiso matrimonial, sino que sirve de incitación a matrimonios sin problemas pero víctimas del medio ambiente, con lo que más que un remedio al mal que se intenta atajar es una puerta abierta a la generalización del mal.

d) En todo caso, es absolutamente inaceptable desde el punto de vista moral el llamado divorcio consensual, y una ley que introdujese el divorcio de tal manera que la pervivencia del vínculo quedase a disposición de los cónyuges no podría ser aceptada por ningún católico, ni gobernante ni gobernado.

e) No es necesario subrayar los efectos negativos que se derivarían a corto y largo plazo para la salud moral y religiosa de nuestras familias, nuestra sociedad y nuestro pueblo de la introducción en España del divorcio civil, máxime si se atiende a las peculiares circunstan-

cias históricas que determinan lo que ha sido y es la familia española, que se conforma según modelos jurídicos, culturales y éticos inspirados en la fe cristiana.

De ahí que, sin ignorar que en la sociedad cultural no todos los ciudadanos entienden el matrimonio desde una perspectiva cristiana, y respetando la justa autonomía de la autoridad civil a la que corresponde legislar atendiendo a las exigencias del bien común, en orden a este bien común, la prudencia política del legislador, dentro de un marco legal que tutele y promueva los bienes de la comunidad familiar, debe ponderar no sólo las consecuencias negativas que pudieran seguirse de una absoluta prohibición del divorcio civil, sino también los graves daños morales enumerados que se derivarían de su introducción en nuestra legislación:

En todo caso, sepan los católicos que el hipotético divorcio civil no disolvería su vínculo matrimonial y que la doctrina de la Iglesia permanece inmutable:

Concluyen los Obispos esta Instrucción exhortando a las autoridades civiles a que emprendan una audaz, valiente y acertada política en orden a una protección eficaz de la familia, cédula primera de la sociedad, una política que debe aspirar a que la legislación sobre el matrimonio y la familia coincida con las exigencias del orden moral,

(997) Declaración de la Comisión permanente de la Conferencia Episcopal Española de 3 de febrero de 1981 (Cfr. Apéndice X de la tesis):

Habiéndose dictaminado por la Comisión de Justicia del Congreso el proyecto de ley de reforma de la regulación del matrimonio en el Código Civil, la llamada ley de divorcio, y teniendo en cuenta que el bien de la sociedad y el progreso verdaderamente humano de los pueblos depende en gran parte de la estabilidad y de la salud moral de la familia, los Obispos de la Comisión Permanente de la Conferencia Española, siendo conscientes del respeto que se debe a la competencia propia de los legisladores, no pueden menos que hacer pública su opinión como ciudadanos sobre el citado proyecto de ley, cumpliendo así su deber de pastores del pueblo de Dios que les obliga a iluminar con la luz del Evangelio aquellas cuestiones morales que afectan a la vida del hombre en asuntos de índole individual o social e incluso sobre materias que afecten al orden político siempre que entren en juego los derechos fundamentales de la persona o la salvación de las almas:

El punto de partida doctrinal de esta declaración pastoral es la "Instrucción colectiva del Episcopado español sobre el divorcio civil", publicada por la Conferencia Episcopal Española el 23 de Noviembre de 1979, cuyo contenido ratifican y resumen en sus puntos esenciales:

La declaración pasa luego a analizar aquellos puntos del proyecto de ley que preocupan de modo especial a los Obispos de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española, y entre estos la posibilidad admitida en el mismo, a través de complejas formalidades legales, de un divorcio que equivale al divorcio consensual, es decir, que se deja en definitiva la pervivencia del vínculo conyugal prácticamente a la simple disposición de los cónyuges, más aún, según el proyecto, dice la declaración, cualquiera de los cónyuges, por decisión unilateral, puede crear sin demasiada dificultad las condiciones legales para obtener el divorcio y acceder a un nuevo matrimonio, lo que posibilita que un cónyuge pueda pura y simplemente repudiar al otro y hasta que pueda solicitar el divorcio precisamente el cónyuge culpable de la ruptura: En consecuencia, el tipo de matrimonio que ofrece el proyecto tiene menos estabilidad que otros contratos sobre aspectos de menor trascendencia para las personas y para la sociedad enérgicamente protegidos por las leyes, mientras que queda extremadamente frágil la unión matrimonial, sin suficiente protección jurídica y judicial el cónyuge más débil y los mismos hijos. Por todo ello, y en los aspectos reseñados, el proyecto de ley es rechazable desde el punto de vista moral, y aun cuando es cierto que el orden jurídico no debe confundirse con el orden moral, sin embargo, un poder político indiferente a los valores morales carece de razones para oponerse a la injusticia y a la anarquía perturbadoras del bien de la comunidad política o para hacer respetar los derechos humanos en la convivencia social:

A continuación se refiere la declaración a las graves limitaciones a las que el proyecto somete el reconocimiento civil del matrimonio canónico, el cual, como aparece en los acuerdos del Estado Español con la Santa Sede, tiene consistencia jurídica y valores propios, y se citan al respecto los artículos 60, 63, 49-2º y disposición adicional segunda del proyecto de ley que conculcan los citados acuerdos:

Por último, se recuerda que el divorcio civil en ningún caso puede disolver delante de Dios el vínculo matrimonial de quienes se casan por la Iglesia: Ante Dios y ante la Iglesia este vínculo matrimonial seguirá subsistiendo:

La declaración termina haciendo una llamada a cuantos puedan influir en la modificación de nuestro derecho de familia, especialmente a nuestros legisladores, a fin de que mediten muy sinceramente sus determinaciones en momentos de tan decisiva importancia para el porvenir de la institución matrimonial en nuestro país.

14. Ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio -"B.O.E.", 20 de Julio- (998).

Hemos señalado ya cómo la discusión en las Cortes Constituyentes sobre la constitucionalización o no de la institución jurídica del divorcio civil estuvo mediatizada por la política de consenso de los Grupos Parlamentarios mayoritarios, llegándose a una fórmula ambigua pero suficiente para no cerrar la posibilidad de la instauración en nuestra legislación futura de esta institución jurídica, así como, en su caso, del sistema a seguir en la regulación de la misma. Tampoco el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de Enero de 1979 se compromete, como vimos, a mantener la indisolubilidad civil del matrimonio canónico por cuanto el reconocimiento por el Estado de sus efectos civiles no implica, por sí, y necesariamente, la indisolubilidad civil del mismo, sin que aquel reconocimiento sea necesariamente incompatible con el cese de aquellos mismos efectos civiles que le fueron atribuidos por el ordenamiento jurídico estatal.

La Ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que se dicta en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, establece y regula la institución jurídica del divorcio civil, aplicable, no sólo al matrimonio civil, sino a toda clase de matrimonio, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, y, por tanto, al celebrado según las normas del Derecho canónico: No se trata en las líneas que siguen de hacer un estudio exhaustivo ni sistemático de esta Ley, por la que se reimplanta en nuestra legislación la institución jurídica del divorcio civil, sino un mero análisis de aquellos de sus preceptos sustantivos y adjetivos en que se regula esta institución y su posible inter-



pretación a través de la doctrina jurisprudencial de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, dando así un eminente sentido práctico y actual a lo que ha sido objeto de estudio en esta tesis.

14.1. Aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 30/1981, de 7 de Julio, a todos los matrimonios, cualquiera que hubiera sido la forma y el tiempo de su celebración (999):

Si la discusión parlamentaria del dictamen de la Comisión permanente de Justicia sobre el proyecto de ley de Divorcio en las Cortes Constituyentes de la Segunda República planteó el tema, de gran importancia para la efectividad de la aplicación práctica de la Ley, de si las disposiciones de la misma habían de ser o no aplicables a los matrimonios celebrados con anterioridad a su promulgación, siendo claro el criterio de la Comisión en el sentido de que las disposiciones de la Ley habían de regir para toda clase de matrimonio, cualquiera que hubiera sido la forma y la fecha de su celebración, este principio queda reflejado en la nueva ley que, en su artículo 85, preceptúa de modo taxativo que "el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración...", y confirmado, como se ha de ver, en su disposición Transitoria Segunda.

---

(998) Cfr. Apéndice XI, (Ley 30/1981, de 7 de Julio)

(999) Cfr. punto 6.1. de la tesis.

14.2. La existencia de un matrimonio que surta efectos civiles como requisito previo para ejercitar la acción de divorcio o separación (1000):

El ejercicio de la acción de divorcio o de separación al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, al igual que respecto a la Ley republicana de Divorcio, presupone y exige la existencia de un matrimonio que surta efectos civiles:

Si el medio normal de prueba de la existencia y realidad de un matrimonio lo constituye la certificación del acta del Registro Civil, la inscripción del matrimonio no es constitutiva, sino necesaria para el pleno reconocimiento de los efectos civiles, por cuanto el matrimonio celebrado en alguna de las formas previstas en el capítulo III del título IV del Libro I del Código Civil produce efectos civiles desde su celebración (1001), por cuya virtud creemos de aplicación la doctrina expuesta al tratar este tema en relación con la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 según la cual en caso de que se suscite contienda ante los Tribunales será admisible toda especie de prueba admitida en Derecho respecto a la justificación y existencia de un matrimonio:

Con relación a este tema el profesor Martínez de Carvajal plantea algunas cuestiones que pueden suscitarse tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de Julio: Si conforme al artículo 60 de esta Ley, en relación con el número segundo del párrafo primero del artículo 49 de la misma, parece que, de acuerdo con lo estipulado en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, se reconocen plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico (1002), este principio, señala el profesor Carvajal (1003), queda desvirtuado en el conjunto de la Ley, ya que la forma religiosa que en la misma se regula no coincide formalmente con la forma canónica desde el momento en que se incluye al ministro religioso entre los funcionarios públicos habilitados para celebrar un matrimonio civil que se realizaría

en forma religiosa y así se declara en el número tercero de su artículo 73 la nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, que se contraiga sin la intervención del Juez o funcionario ante quien debe celebrarse o sin la de los testigos, ni esta forma religiosa regulada en la Ley coincide tampoco materialmente con la forma canónica de la Iglesia por cuanto al establecerse en el citado artículo 73 de la misma los casos de nulidad del matrimonio declara taxativamente que son nulos, "cualquiera que sea la forma de su celebración", con lo que parece se pretende extender los criterios de nulidad de los matrimonios civiles a los matrimonios canónicos, resultando de ello que si, de una parte, pueden darse casos en que, habiendo verdadero matrimonio canónico, no produciría efectos civiles, de otra, se darían casos frecuentes de matrimonios contraídos en forma religiosa católica civilmente válidos a pesar de ser canónicamente nulos e inexistentes. Ejemplos del primer supuesto -matrimonio canónico válido que se produciría efectos civiles- son los casos de matrimonios celebrados en la forma extraordinaria prevista en el canon 1098, que no producirán efectos civiles a tenor del citado artículo 73 número tercero al no intervenir en ella el ministro religioso como funcionario ante quien debe celebrarse el matrimonio civil realizado en forma religiosa; de matrimonios canónicos en que los contrayentes sean menores de edad no emancipados conforme al canon 1067, que no produciría efectos civiles a tenor del número segundo del citado artículo 73 de la Ley en relación con el número primero del artículo 46 de la misma: En estos casos, ni tan siquiera se admitiría su inscripción en el Registro Civil a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 63 de la Ley. Ejemplos del supuesto segundo -matrimonio que, a pesar de ser canónicamente nulos e inexistentes, parece que, por haberse contraído en forma religiosa, producirían efectos civiles- son los casos de matrimonios celebrados ante sacerdote que carezca de la debida delegación, que producirían efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe; de matrimonios celebrados con alguno de los impedimentos dirimentes establecidos en

el código de Derecho Canónico y no previstos en el artículo 47 de dicha ley; o de matrimonios nulos canónicamente por defecto o vicio de consentimiento en que la legislación canónica es más rigurosa que la civil sin que permita, en los casos del número quinto del artículo 73 de la Ley, la convalidación de la acción a que se refiere el párrafo segundo del artículo 76 de la misma: En estos casos, si se produce sentencia eclesiástica de nulidad de matrimonio, para su eficacia en el orden civil se requiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley, que, a solicitud de cualquiera de las partes, se declare ajustada al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez Civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aun cuando vimos ya el alcance que el profesor Carvajal daba a este requisito, esa interpretación parece difuminarse ante la pretensión de la Ley de extender los criterios de nulidad de los matrimonios civiles canónicos, y la circunstancia exigida por el artículo 954 de la Ley Procesal Civil de que la ejecutoria no haya sido dictada en rebeldía para que tenga fuerza en España, pues la rebeldía de la parte demandada en el proceso canónico sería suficiente para que el Juez civil no reconociera eficacia en el orden civil a la sentencia firme y ejecutoria dictada por el Tribunal Eclesiástico sobre nulidad de matrimonio canónico. Como consecuencia de todo ello, concluye el Profesor Carvajal señalando cómo esta Ley viene a sustituir el matrimonio canónico optativo, llamado a producir efectos civiles según el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, por el matrimonio civil obligatorio una de cuyas formas, regulada también por el Estado, puede revestir un aspecto religioso, lo que supone una violación grave de un tratado internacional firmado y ratificado por ambas partes contratantes, y cuyas disposiciones, conforme al artículo 96,1 de la Constitución Española, no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas sino sólo por el mutuo acuerdo de las partes contratantes o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

(1001) El artículo 61 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, dispone:

El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración.

Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas".

(1002) El artículo 49 en su número segundo del párrafo primero de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, establece: "Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 2º En la forma religiosa legalmente prevista". A su vez, el artículo 60 de la citada ley señala: "El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente".

(1003) Giménez y Martínez de Carvajal, José: Ob. cit., no publicada al momento de escribir estas líneas.

14.3. Procedimientos o medios que se otorgan a los cónyuges que soliciten, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 30/1981 de 7 de Julio, la separación o disolución de su matrimonio (1004):

14.3.1. Ejercicio de la acción de separación de personas y bienes de conformidad a lo dispuesto en la ley 30/1981 de 7 de Julio:

El artículo 81 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio viene a conceder a los cónyuges dos procedimientos o medios para obtener la separación judicial, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, uno, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio, regulado por la disposición adicional sexta de la Ley, y que, podemos decir, equivale a la separación por mutuo disenso prevista en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, y otro, a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación, regulado por la disposición adicional quinta de la Ley, y que, podemos decir, equivale a la separación por causa justa prevista en la citada Ley de Divorcio republicana: Esta facultad que a los cónyuges viene a conceder el artículo 81 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, para solicitar la separación legal de su matrimonio por cualquiera de los medios que a tal fin se otorgan a los cónyuges es irrenunciable y no puede enervarse como consecuencia de acuerdos que en contrario puedan haber pactado los cónyuges.

Aun cuando la nueva Ley no contiene precepto alguno que haga mención a los temas de capacidad y legitimación para pedir la separación judicial por alguno de los medios previstos en el artículo 81 de la misma, es de tener en cuenta conforme a la doctrina expuesta en el estudio de ambos aspectos en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932:

a) Respecto a la capacidad procesal para pedir la

separación de personas y bienes por alguno de los procedimientos previstos en el artículo 81 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, la tienen los cónyuges capacitados para contraer matrimonio -cónyuges mayores de edad o menores emancipados según se desprende del artículo 46 de la Ley- no afectados por alguna restricción de la capacidad de obrar (1005).

b) Respecto a la legitimación para pedir la separación de personas y bienes, si el supuesto de ejercicio de la acción de separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro no plantea más problemas que la necesidad de que haya transcurrido el primer año del matrimonio, en el caso de que se ejercite la acción de separación a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación hay que tener en cuenta:

1º: Que conforme a la doctrina expuesta al estudiar este tema respecto a la Ley republicana de Divorcio, cuando la causa de separación alegada esté incluida en el grupo de discrepancia subjetiva el ejercicio de la acción de separación se establece tan solo en beneficio del cónyuge inocente (1006).

2º: Que conforme a la Regla Transitoria 2ª de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, puede ejercitarse la acción de separación aun cuando los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas en que se funde la acción se hubieren realizado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siendo igualmente computables los períodos de tiempo transcurridos a efectos de demandar la separación conforme a lo establecido en la misma (1007).

---

(1004) Cfr. punto 6.2.2. de la tesis.

(1005) Cfr. puntos 6.2.2.1. y 6.2.2.2. apartado a) de la tesis.

(1006) Cfr. punto 6.2.2.2. apartado b) de la tesis.

(1007) Cfr. punto 6.2.2.2. apartado c) de la tesis.

14.3.2. Ejercicio de la acción de divorcio de conformidad a lo dispuesto en la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

El artículo 85 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, establece el divorcio como una de las causas de disolución del matrimonio, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, pudiendo ejercitarse esta acción por alguna de las causas de divorcio contenidas en el artículo 86 de la misma, por lo que, podemos decir, estamos ante una reglamentación causal de esta institución jurídica equivalente, en principio, al divorcio por causa justa previsto en la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932: Esta facultad que a los cónyuges viene a conceder el artículo 85 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, para solicitar la disolución de un matrimonio por alguna de las causas de divorcio contenidas en el artículo 86 de la misma es irrenunciable y no puede enervarse como consecuencia de acuerdos que en contrario puedan haber pactado los cónyuges.

Aun cuando la nueva Ley no contiene precepto alguno que haga mención a los temas de capacidad y legitimación para pedir la disolución del vínculo matrimonial por alguna de las causas de divorcio contenidas en el artículo 86 de la misma, es de tener en cuenta aquí respecto a ambos temas lo dicho en el apartado anterior en relación a la separación de personas y bienes, sin olvidar que la nueva Ley acoge preferentemente el sistema del divorcio objetivo -"cese efectivo de la convivencia conyugal"- y sólo por excepción admite en el número quinto de su artículo 86 un motivo de divorcio culpable, con la trascendencia que ello supone en el tema de la legitimación.



14.4. Causas de separación de personas y bienes:

Si el artículo 81 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, determina qué procedimiento o medios se otorgan a los cónyuges que soliciten la separación legal de su matrimonio, estableciendo a tal fin dos procedimientos distintos, uno, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro una vez transcurrido el primer año del matrimonio, y otro, a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en causa legal de separación, el artículo 82 de la misma contiene, a su vez, las causas legítimas de separación:

Artículo 82: Son causas de separación:

1ª: El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa de infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2ª: Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3ª: La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4ª: El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5ª: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando uno de los cónyuges requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresa-

mente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio en derecho o pidiéndose la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6º: El cese efectivo de la convivencia durante el plazo de tres años.

7º: Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86.

A su vez, los números tercero, cuarto y quinto del artículo 86 de dicha Ley establecen como causas de divorcio:

Artículo 86: Son causas de divorcio:

3º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia local de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5º: La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

El legislador republicano, al regular la institución

jurídica del divorcio, se inspira preferentemente en el sistema del divorcio sanción, aceptando la disolución del vínculo o la mera separación legal de los cónyuges por causas que determinan generalmente una culpa en uno de los cónyuges, o en ambos, admitiendo por excepción otras de puro hecho o de carácter objetivo, por el contrario, el legislador actual, al regular el tema de la separación judicial de los cónyuges, sin determinarse por el principio de la separación culpable, distingue dos grupos de causas de separación, el constituido por las "causas culposas" basadas en el principio de "discrepancia subjetiva", que son aquellas nacidas de un acto voluntario y culposo del agente, contrario a los fines y normas del matrimonio, y el integrado por las causas "sine culpa", basadas en el principio de "discrepancia objetiva", cuales son las que, sin originarse de un acto culposo del agente son estimadas por la ley como suficientes para autorizar la separación judicial de los cónyuges en razón a llevar consigo, de hecho, la ruptura de la comunidad de vida: Esta dualidad de causas de separación puede plantear en la práctica casos de concurrencia de causas de orden subjetivo y de orden objetivo, cuya problemática ha de resolverse entendiendo que las primeras eliminan jerárquicamente a las segundas según doctrina expuesta al estudiar este tema en relación con la Ley de 1932, cuando hay que tener presente que la interpretación de los Tribunales tenía en cuenta que el sistema de la Ley republicana de Divorcio se basaba preferentemente en el principio de culpabilidad (1008).

---

(1008) Cfr. punto 7.1. de la tesis, especialmente el apartado 7.1.1. a).

14.4.1. Causas o motivos de separación basadas en el principio de "discrepancia subjetiva" contenidas en el artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

a) El abandono injustificado del hogar:

El abandono injustificado del hogar como causa de separación establece el número primero del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, supone una violación del deber de convivencia, uno de los deberes matrimoniales que se impone a los cónyuges con arreglo al artículo 68 de la misma (1009):

Una delimitación de esta causa de separación nos lleva al análisis que se hizo de la causa comprendida en el número quinto del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"el abandono del cónyuge durante un año"- (1010), y siendo claro que ahora no se impone como exigencia de plazo la necesidad de que haya transcurrido un año para que el abandono sea jurídicamente motivo de separación, se plantea el problema interpretativo de si puede o no establecerse una sinonimia entre los objetivos "injustificado" y "culpable" como condiciones que matizan el abandono en la Ley actual y en la republicana: Dos son las interpretaciones que pueden mantenerse al respecto, según la primera, el abandono injustificado del hogar que como causa de separación se establece en la Ley necesariamente ha de ser imputable al cónyuge que lo comete sin motivo ni razón suficiente y presupone, como requisito indispensable, la culpabilidad del cónyuge a quien se le imputa, siendo preciso que el cónyuge que la alega demuestre la culpa motivadora del abandono -según esta tesis, habría una coincidencia entre esta causa de separación y la establecida en el número quinto del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, siendo aplicable la doctrina expuesta en el análisis de la misma (1011)-, y, según la segunda, esta causa de separación definida legalmente como "abandono injustificado del hogar" estaría integrada por dos esenciales requisitos, uno, de carácter positivo, consistente en el hecho mismo del abandono del hogar, y otro, de índole

acusadamente subjetiva, referido a la falta de justificación de tal conducta por parte del obligado, imponiéndose al cónyuge que la alega la demostración del hecho de abandono del hogar del otro cónyuge, y a éste la justificación de los motivos determinantes de la infracción del deber de convivencia que el matrimonio impone, bien entendido que, comprobado el primer extremo sin oposición del cónyuge inculcado o por deficiente descargo de éste, ha de estimarse la vigencia de esta causa como bastante para decretar la separación, por sobreentenderse implícita la falta de justificación en la realidad del abandono -según esta tesis, es estable una sinonimia entre el adjetivo "injustificado" del abandono previsto en esta causa de separación y los términos "sin justificación" del desamparo de la familia previsto en la causa comprendida en el número cuarto del artículo 3º de la Ley de Divorcio, siendo aplicable "mutatis mutandis" la doctrina expuesta en el análisis de la misma en cuanto se refiere al requisito de la falta de justificación que ahora habría que aplicar no al concepto de desamparo sino al de abandono (1012)-

b) La infidelidad conyugal, que no podrá invocarse si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges o impuesta por el que la alegue:

Uno de los deberes matrimoniales, de rigurosa observancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, y cuya violación entra de lleno en el ámbito de esta causa de separación comprendida en el número primero del artículo 82 de la misma, es el deber de fidelidad conyugal que el matrimonio impone de consuno a los cónyuges:

A su vez, el adulterio implica la violación o quebrantamiento de este deber matrimonial por el cónyuge que se une en ilícito ayuntamiento con quien no es su cónyuge y supone el más grave atentado contra el deber de fidelidad conyugal, habiendo de tenerse en cuenta la doctrina expuesta con objeto del estudio de la causa primera del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"el adulterio no consentido o no facilita-

do por el cónyuge que lo alegue"- (1013), sin que parezca, no obstante, de aplicación la concerniente al adulterio consentido o facilitado por el cónyuge que lo alegue como circunstancias que desvirtúan esta causa de separación (1014), y delimitando la misma en el sentido de que no podrá invocarse el adulterio como violación del deber de fidelidad si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges o impuesta por el que lo alegue, circunstancia que viene hoy a desvirtuar esta causa de separación y cuya comprensión e interpretación nos viene dada por la doctrina expuesta al estudiar los requisitos que han de concurrir para que prosperase la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932, concretamente, y como requisito objetivo, la existencia de una separación de hecho, y como elemento subjetivo, el libre y mutuo consentimiento (1015).

Igualmente, el mantenimiento de relaciones anormales de uno de los cónyuges con personas de distinto sexo que no sea su cónyuge representa el mayor agravio y ultraje y la demostración más palmaria de afrenta y menosprecio que cabe inferir al otro cónyuge y evidencia, cuando sea insuficiente para alcanzar la calificación legal de adulterio, una gravísima injuria que afecta a los deberes esenciales del matrimonio bastante a la estimación de esta causa de separación, siendo de aplicación al caso la doctrina expuesta al estudiar estos hechos como constitutivos de sevicia moral bastante a integrar la causa séptima del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (1016).

Es igualmente indudable que pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad, que sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal constitutiva de adulterio, entrañen una conducta inmoral y deshonrosa que entra de lleno en la infidelidad conyugal a que se refiere esta causa de separación, siendo de aplicación a los mismos la doctrina expuesta al estudiar estos actos como integrantes de la causa 8ª del art. 3º de la Ley Republicana de divorcio (1017).

c) La conducta injuriosa o vejatoria:

Una delimitación de esta causa de separación comprendida en el número primero del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, nos lleva a ver su coincidencia con la causa contenida en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de 2 de Marzo de 1932 -"malos tratamientos de obra e injurias graves"-, siendo de aplicación a la misma la doctrina en el estudio de estos motivos de divorcio o separación (1018).

d) La violación grave o reiterada de los deberes conyugales o de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges en el hogar familiar:

Los deberes matrimoniales, de rigurosa observancia, cuya violación o transgresión está comprendida en el ámbito de estos motivos de separación agrupados en este apartado de una manera genérica son los comprendidos en los artículos 66 a 68 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, y en los artículos 110 y 154 de la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, que establecen, respectivamente, las obligaciones de los cónyuges para con el otro cónyuge -y que se refieren a los deberes de vida en común, fidelidad conyugal y mutuo socorro, y los deberes de respetarse y ayudarse mutuamente y de actuar en interés de la familia- y los hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan en el hogar familiar -y que se refieren a los deberes derivados del ejercicio común de la patria potestad, y a la obligación del padre y de la madre, aunque no ostenten la patria potestad, de velar por los hijos menores y prestarles alimentos-: Esta delimitación de los motivos de separación aquí reagrupados nos lleva al estudio de la doctrina expuesta con relación a la causa octava del artículo 3º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"la violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común"- (1019), aplicable a los supuestos a que se refiere

la causa genérica objeto de estudio.

Pero la amplitud de esta causa genérica nos lleva a incluir dentro de su ámbito de aplicación la doctrina espuesta con relación a otras causas de divorcio contenidas en la Ley republicana, así "la tentativa del marido para prostituir a su mujer o el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución" -como causa tercera del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (1020)-, o "el desamparo de la familia sin justificación" -causa cuarta del artículo 3º de la Ley de divorcio de 2 de Marzo de 1932 (1021)- casos en que nos encontramos ante el incumplimiento de esenciales deberes que impone el matrimonio respecto al otro cónyuge o los hijos comunes o los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

e) El alcoholismo y la toxicomanía siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia:

Con relación a esta causa de separación comprendida en el número cuarto del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, puede verse la doctrina expuesta al estudiar "el estado de embriaguez habitual" como conducta inmoral o deshonrosa que puede producir tal perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común (1022) y las conclusiones derivadas de la misma, teniendo en cuenta que si el alcoholismo o la toxicomanía, aun siendo habituales, no son por sí solos generadores de esta causa de separación, si a dicho estado no se sigue la secuela de escándalos y desórdenes domésticos que ocasionen, conforme a la doctrina reseñada, tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común, hoy estas secuelas vienen referidas al interés del otro cónyuge o el de la familia, concepto que puede asimilarse a la perturbación en las relaciones matrimoniales o familiares



a que se refiere dicha doctrina.

f) La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes:

Para la comprensión de esta causa de separación comprendida en el número séptimo del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en relación con el número quinto del artículo 86 de la misma, es imprescindible tener en cuenta la doctrina expuesta con relación a uno de los motivos de divorcio o separación comprendidos en el número séptimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"el atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquellos"- (1023), teniendo en cuenta que la discusión entonces habida sobre si había de tomarse este motivo de divorcio o separación a partir objetivamente de la declaración en la sentencia que recayese en causa criminal condenatoria por comisión de un delito en cualquiera de sus grados y en concepto de autor o de cómplices contra la persona del otro cónyuge, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos -hoy ascendientes o descendientes del cónyuge-, se resuelve a favor de la tesis allí mantenida por nosotros.

---

(1009) El artículo 68 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, dispone: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente". A su vez, el artículo 89 de la misma dice: "Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos". Y el 70, señala, a su vez, "Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia".

(1010) Cfr. punto 7.6 de la tesis.

(1011) Cfr. punto 7.6 de la tesis, especialmente apartados 7.6.2. y 7.6.3.1.

(1012) Cfr. punto 7.5. de la tesis, especialmente apartado 7.5.3. c).

(1013) Cfr. punto 7.2. de la tesis.

(1014) Cfr. punto 7.2.4. de la tesis.

(1015) Cfr. puntos 7.13.2.1. a) y 7.13.2.2. de la tesis.

(1016) Cfr. punto 7.8.2.3. a) de la tesis.

(1017) Cfr. punto 7.9.4.2. de la tesis.

(1018) Cfr. puntos 7.8.2.2. y 7.8.2.3. de la tesis.

(1019) Cfr. punto 7.9. de la tesis.

(1020) Cfr. punto 7.4. de la tesis.

(1021) Cfr. punto 7.5. de la tesis.

(1022) Cfr. punto 7.9.4.3. de la tesis.

(1023) Cfr. punto 7.8.2.1. de la tesis.

14.4.2. Causas o motivos de separación basadas en el principio de "discrepancia objetiva" contenidas en el artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

a) La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años:

Esta causa de separación comprendida en el número tercero del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, con la sola variación en cuanto al tiempo de condena, coincide con la comprendida en el número undécimo del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"la condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años"- (1024), habiendo lugar a la misma, con independencia de la clase de delito por el que se hubiera sido condenado, por la sola presentación del testimonio de sentencia firme condenatoria a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

b) Las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia:

Es de notar la distinta filosofía en que parece se basa esta causa de separación comprendida en el número cuarto del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en relación con la contenida en el número décimotercero del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (1025): En la Ley republicana, la enajenación mental de uno de los cónyuges exigía para que hubiera lugar al divorcio o separación por esa causa que la enfermedad mental imputada a uno de los cónyuges fuera de tal naturaleza que racionalmente debiere presumirse la imposibilidad de restablecer un estado de relativa normalidad del enfermo y que la misma impidiera la convivencia espiritual de los esposos en términos gravemente perjudiciales para la familia, debiendo quedar, en todo caso, asegurada la asistencia del enfermo; en la Ley actual, para que la perturbación mental dé lugar a la separación judicial de los cónyuges se exige el interés

del otro cónyuge o el de la familia, sin importar, al parecer, la situación personal del enfermo y sin que se tenga en cuenta la naturaleza de la enfermedad ni la presunción razonable de restablecimiento.

c) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido:

Para la comprensión e interpretación del requisito del libre consentimiento a que se alude en esta causa de separación comprendida en el número quinto del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, es de aplicación la doctrina expuesta al estudiar el requisito del libre y mutuo consentimiento requerido para que prosperase la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (1926). Igualmente es de tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del párrafo único del número quinto del citado artículo 82 de la Ley conforme al cual "se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento".

Esta causa de separación absorbe aquella otra a que se refiere el número tercero del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en relación con el número séptimo del artículo 82 de la misma, que consigna como causa de divorcio "el cese efectivo de la convivencia conyugal durante durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho, a petición de cualquiera de ellos".

El artículo-87 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, precisa el concepto del "cese efectivo de la convivencia conyugal" en los siguientes términos:

"El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga".

d) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos (1027):

Esta causa de separación comprendida en el número tercero del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en relación con el número séptimo del artículo 82 de la misma, con la salvedad en cuanto al cómputo del transcurso de los dos años que se hace desde la declaración de ausencia legal, coincide con la comprendida en el número sexto del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 -"la ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código civil"- (1028), habiendo lugar a la misma por el mero hecho de la previa declaración judicial de ausencia y el transcurso, como exigencia de plazo exigida por la misma, de dos años desde la fecha de la declaración judicial del estado de ausencia.

e) El cese efectivo de la convivencia durante el plazo de tres años:

Esta causa de separación comprendida en el número sexto del artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, absorbe

aquella otra a que se refiere el número 4º del artículo 86 de la mencionada Ley en relación con el número séptimo del artículo 82 de la misma, que consigna como causa de divorcio "el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges".

---

(1024) Cfr. punto 7.12. de la tesis.

(1025) Cfr. punto 7.14. de la tesis.

(1026) Cfr. punto 7.13.2.2. de la tesis.

(1027) Cfr. Libro I, título VIII -"de la ausencia", artículos 181 a 198 del Código civil, con la nueva redacción en su caso dada por la ley de 13 de Mayo.

(1028) Cfr. punto 7.7. de la tesis.

14.5. Causas de divorcio:

Si el artículo 85 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, establece el divorcio como una de las causas de disolución del matrimonio, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración el artículo 86 de la misma contiene, a su vez, las causas legítimas de divorcio:

Artículo 86: Son causas de divorcio:

1º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda o separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con consentimiento del otr, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5º: La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

A su vez, el artículo 37 de la misma Ley dispone:

"El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Si, como nos es ya conocido, el sistema de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 se determinaba preferentemente por el principio de divorcio culpable admitiendo sólo por excepción algunos motivos no culposos, el sistema de la Ley actual, por el contrario, se determina por el principio del divorcio objetivo aceptando la disolución del vínculo conyugal por causas que, sin originarse de un acto culposo del agente, son estimadas por la misma como suficientes para autorizar el divorcio en razón a llevar consigo de hecho la ruptura de la comunidad de

vida, y admitiendo sólo por excepción en el número quinto de su artículo 86 una causa culposa de divorcio: "la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes" (1029).

El grupo de causas "sine culpa", basadas en el principio de "discrepancia objetiva", contenidas en el artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, puede sistematizarse de la siguiente forma:

a) Causas que exigen la existencia del cese efectivo de la convivencia, relacionado con un proceso de separación, terminado o en trámite:

1º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubier interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio:

Esta causa de divorcio contenida en el número primero del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, requiere para su estimación la concurrencia de los siguientes requisitos:

Primero: Que se haya interpuesto demanda de separación según el procedimiento en el número primero del artículo 81 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, regulado por la disposición adicional sexta de la misma.

Segundo: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación a que se refiere el requisito anterior, háyase o no dictado sentencia firme en el referido procedimiento de separación.

2º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante



al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia:

Esta causa de divorcio contenida en el número segundo del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, requiere para su estimación la concurrencia de los siguientes requisitos:

Primero: Que se haya interpuesto demanda de separación según el procedimiento previsto en el número segundo del artículo 81 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, por alguna de las causas de separación comprendidas en el artículo 82 de la misma, regulado por la disposición adicional quinta de esta Ley.

Segundo: Que en el proceso de separación a que se refiere el artículo anterior haya recaído sentencia firme de la demanda o, si transcurrido el plazo de un año desde la interposición de la demanda de separación, no hubiere recaído resolución en la primera instancia.

Tercero: Que la acción de divorcio se inste a petición del demandante o demandado reconveniente que hubiere obtenido sentencia firme estimatoria de la demanda o reconvencción en el procedimiento de separación a que se refiere el requisito primero o, a instancia de cualquiera de ellos si transcurrido el plazo de un año desde la interposición de la demanda de separación no hubiere recaído resolución en la primera instancia: Este último supuesto puede plantear problemas de legitimación si una vez instada la acción de divorcio por esta causa recayese en el procedimiento de separación a que la misma se refiere, sentencia firme denegatoria de la demanda de separación; en este caso parece igualmente que si recae resolución estimatoria o denegatoria en la primera instancia y contra la misma se interpone el recurso pertinente, aun cuando haya transcurrido el

plazo de un año desde la interposición de la demanda de separación no podrá iniciarse la acción de divorcio por esta causa hasta que no recaiga sentencia firme estimatoria de la demanda de separación.

Cuarto: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación a que se refiere el requisito primero si, a su vez, se cumplen los requisitos segundo y tercero de que se ha hecho referencia.

3º: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la firmeza de la resolución judicial de separación, a petición de cualquiera de los cónyuges:

Esta causa de divorcio comprendida en el número tercero apartado a) del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, concede a los cónyuges la posibilidad de que, por el mero transcurso del tiempo, el efecto típico de la separación legal de suspensión de la vida común de los casados se pueda convertir en definitiva ruptura del vínculo conyugal, posibilidad que ya se establecía en el artículo 39 de la Ley de Divorcio republicana (1030).

Como requisito que han de concurrir para la estimación de esta causa de divorcio tenemos:

Primero: La existencia de una sentencia firme de separación de los cónyuges.

Segundo: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la firmeza de la resolución judicial de separación a que se refiere el requisito anterior como exigencia de plazo interpuesta por la misma.

b) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante

al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho, a petición de cualquiera de ellos:

Esta causa de divorcio contenida en el número tercero apartado a) del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, requiere para su estimación la concurrencia de los siguientes requisitos:

Primero: Separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges: Para la comprensión e interpretación del requisito del libre consentimiento a que se alude en esta causa de divorcio es de aplicación la doctrina expuesta al estudiar el requisito del libre y mutuo consentimiento requerido para que prosperase la causa duodécima del artículo 3º de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 (1031).

Segundo: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se presta el libre y mutuo consentimiento a la separación de hecho a que se refiere el requisito anterior.

c) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos:

Esta causa de divorcio contenida en el número tercero apartado a) del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, requiere para su estimación la concurrencia de los siguientes requisitos:

Primero: La declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges.

Segundo: El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la declaración

de ausencia legal a que se refiere el requisito anterior (1032).

d) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación:

Esta causa de divorcio comprendida en el número tercero apartado b) del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, requiere para su estimación la concurrencia de los siguientes requisitos:

Primero: La existencia de una separación de hecho con cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos.

Segundo: Que quien pida el divorcio por esta causa acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro cónyuge estaba incurso en causa de separación, entendiendo que se hace referencia a las causas culposas previstas en el artículo 82 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, excluyéndose la contenida en el número quinto del citado artículo 82 por cuanto de existir el libre consentimiento en la cesación efectiva de la convivencia conyugal tendría aplicación la causa de divorcio del apartado b), y la comprendida en el apartado sexto del mismo artículo 82 por cuanto la misma queda absorbida por la causa de divorcio del número cuarto del artículo 86 de la misma.

Se trata por medio de esta causa de divorcio de evitar un proceso de separación causal para, una vez transcurrido determinado plazo desde que se dicte sentencia firme de separación en el mismo, solicitar que el efecto típico de la separación legal de suspensión de la vida común de los casados se pueda convertir en definitiva ruptura del vínculo conyugal, posibilitando a los cónyuges a solicitar directamente el divorcio si al iniciarse la separación de hecho con cese efectivo de la con-

vencia conyugal, y transcurrido como exigencia de plazo al menos dos años ininterrumpidos desde que se inició la separación de hecho, se acredita que al iniciarse la misma el otro cónyuge estaba incurso en causa de separación.

e) El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges -Causa cuarta del artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio-.

---

(1029) Cfr. puntos 7.8.2.1. y 14.4.1. f) de la tesis.  
(1030) Cfr. punto 10.1.2. de la tesis.  
(1031) Cfr. puntos 7.13.2.2. y 14.4.2. c) de la tesis.  
(1032) Cfr. puntos 7.7. y 14.4.2. d) de la tesis.

14.6. Extinción de la acción de divorcio o separación:

El artículo 83 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, dispone:

"La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique".

A su vez, el artículo 88 de la misma dispone:

"La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio".

De conformidad con el artículo 88 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, la muerte de cualquiera de los cónyuges extingue la acción de divorcio: Si el ejercicio de la acción de divorcio no tiene más objeto ni persigue más finalidad que la de lograr precisamente los pronunciamientos de una sentencia definitiva de divorcio con disolución del matrimonio, disuelto éste por la muerte de uno de los cónyuges -Artículo 85 de la Ley-, la finalidad que se persigue con el ejercicio de la acción de divorcio se realiza por cuanto la muerte de uno de los cónyuges truncó fatalmente el vínculo, siendo consecuencia ineludible la extinción de la acción de divorcio pues el fallo que se dicte en definitiva carece ya de trascendencia respecto a las proyecciones personales por lo que afecta a la vida matrimonial (1033): Aun

cuando la Ley no alude al supuesto de extinción de la acción de separación por la muerte de cualquiera de los cónyuges, es obvio que la finalidad que se persigue con el ejercicio de la acción de separación de lograr los pronunciamientos de una sentencia definitiva de suspensión de la vida común de los casados sin ruptura del vínculo matrimonial se realiza por cuanto la muerte de uno de los cónyuges truncó fatalmente el vínculo, siendo consecuencia ineludible la extinción de la acción de separación pues el fallo que se dicte en definitiva carece igualmente de trascendencia respecto a las proyecciones personales por lo que afecta a la vida matrimonial.

Conforme a lo preceptuado en el citado artículo 88, la acción de divorcio se extingue también por la reconciliación de los cónyuges, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda: Es claro que la reconciliación a que se alude en este artículo revela la existencia previa de un juicio de divorcio que forzosamente queda terminado por tal reconciliación, lo que es imposible que ocurra si no se ejercitó la acción de divorcio. Como exigencia forma se exige para que la reconciliación surta efectos legales que la misma sea expresa, lo que hay que entender en el sentido de que los cónyuges han de poner su reconciliación en conocimiento del Juez que entienda en el litigio como medio de extinguirse el procedimiento: La reconciliación, pues, pone término al juicio de divorcio ya iniciado siempre y cuando los cónyuges pongan tal reconciliación en conocimiento del Juez que entienda en el litigio. De ahí que la reconciliación de los cónyuges una vez dictada sentencia firme de divorcio no produzca efectos legales, aun cuando, como es lógico, se permita a los cónyuges divorciados contraer entre sí nuevo matrimonio (1034).

Igualmente, como señala el artículo 83 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, la reconciliación pone término al procedimiento de separación siempre y cuando los cónyuges pongan tal reconciliación en conocimiento del Juez que entienda del litigio.

Teniendo en cuenta, no obstante, que la finalidad pretendida en el procedimiento de separación es el pronunciamiento de una sentencia firme de suspensión de la vida común de los casados sin disolución del vínculo conyugal, se permite la reconciliación de los cónyuges aun cuando exista sentencia firme de separación siempre y cuando éstos la pongan en conocimiento del Juez que haya entendido en el litigio, y por la misma se deja sin efecto ulterior lo resuelto en el juicio de separación respecto a las proyecciones personales por lo que afecta a la vida matrimonial, por cuanto el Juez, cuando exista causa justificada, puede mantener o modificar las medidas que se adoptaron en relación a los hijos.

---

(1033) Cfr. punto 8.1. de la tesis.  
(1034) Cfr. punto 8.3. de la tesis.



14.7. Del procedimiento de separación y de divorcio:  
Disposiciones generales:

14.7.1. Jurisdicción y competencia:

La jurisdicción constituye el primero y más importante de los requisitos procesales: Para que un Tribunal pueda examinar en cuanto al fondo una pretensión es necesario que tenga jurisdicción, o sea, que, por su fundamento, tenga atribuido su conocimiento.

Sabemos cómo a falta de una norma de determinación de la competencia de los Tribunales españoles en materia de divorcio y separación en la Ley de 2 de Marzo de 1932, la doctrina jurisprudencia adoptó determinados criterios tomados en consideración para la solución de los conflictos jurisprudenciales sobre la materia con base a los artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de lo establecido en los artículo 1º y 41 de la Ley de Divorcio en relación con el 47 de la misma, a salvo de lo que dispusiere en su caso los tratados internacionales conforme al artículo 70 de la Ley Procesal civil (1035):

La Ley 30/1981, de 7 de Julio, en su disposición adicional primera, regula este tema de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las demandas de separación y de divorcio estableciendo, a su vez, los siguientes criterios de determinación de la competencia judicial de los Tribunales españoles:

Disposición adicional primera: Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio en los casos siguientes:

Primero: Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española.

Segundo: Cuando sean residentes en España.

Tercero: Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado.

Cuarto: Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España.

Delimitada la jurisdicción a la que corresponde el conocimiento de una pretensión, es necesario precisar el órgano que, dentro de esa jurisdicción, tendrá atribuida competencia para el conocimiento de tal pretensión (1036): La disposición adicional tercera de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, atribuye a los Jueces de Primera Instancia la competencia objetiva por razón de la materia para conocer de los procesos de separación y de divorcio conforme a las reglas especiales de competencia territorial que en la misma se establecen:

Disposición adicional tercera: Será Juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será competente a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado.

Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en esta norma.

Como puede verse, estas normas de competencia territorial contenidas en esta disposición adicional de la Ley coinciden con las normas de competencia territorial recogidas en los artículos 41 y 42 de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 y, por consiguiente, nos remitimos ahora al estudio de la doctrina expuesta en el análisis de los citados artículos de la Ley repu-

blicana de Divorcio (1037), teniendo en cuenta en cuanto al domicilio lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley:

Artículo 70: Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia (1038).

---

(1035) Cfr. punto 11.1. de la tesis.

(1036) Cfr. punto 9.1.1. de la tesis.

(1037) Cfr. punto 9.1.1. de la tesis.

(1038) La disposición adicional cuarta de la Ley 30/1981, de 7 de Julio dispone en su párrafo primero:

"Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos setenta y ciento cuatro del Código Civil se dictarán previos los trámites establecidos en los artículos 1884, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

14.7.2. Medidas provisionales previas y coetáneas al proceso de separación y de divorcio con relación a las personas de los cónyuges, a los hijos y al régimen económico-matrimonial (1039):

El artículo 104 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, establece:

"El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículo anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente" (1040):

Los artículos anteriores a que se refiere este artículo 104 de la Ley disponen a su vez:

Artículo 102:

"Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen por ministerio de la ley, los efectos siguientes:

1º: Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal (1041).

2º: Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad Mercantil".

Artículo 103:

"Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos las medidas siguientes:

1º: Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges ha de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiéndoselos las funciones que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

2º: Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3º: Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4º: Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en los sucesivos.

5º: Determinar en su caso el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio" (1042).

A su vez, el artículo 105 de la misma Ley dispone:

"No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el pazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores".

a) Competencia territorial para adoptar las medidas provisionales previas y coetáneas al proceso de separación y de divorcio de los artículos 102 a 104 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio: Juez de Primera Instancia competente para conocer de los procesos de separación y de divorcio conforme a las normas de competencia territorial recogidas en la Disposición Adicional Tercera de la Ley (1043).

b) Legitimación activa: Aun cuando el artículo 102 de la Ley establece de modo imperativo que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio se producen por ministerio de la Ley, los efectos siguientes..., y, a su vez, el artículo 103 preceptúa que, admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes..., lo cierto es que, como se desprende del artículo 104 de dicha Ley, las disposiciones contenidas en estos artículos se dictarán por el Juez que tramita la demanda de separación o de divorcio en las oportu-

nas piezas separadas a instancia de la parte interesada, es decir, de los que sean o puedan ser parte legítima en el juicio de separación o de divorcio (1044).

c) Disposiciones que el Juez de Primera Instancia puede adoptar como medidas provisionales previas o coetáneas al proceso de separación y de divorcio a instancia de parte interesada hasta que termine el juicio por sentencia firme:

Convenientemente clasificadas, las medidas provisionales previas o coetáneas al proceso de separación o de divorcio que pueden adoptarse son las siguientes (1045):

a': Con relación a las personas de los cónyuges:

1ª: Separar a los cónyuges que podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal -Disposición 1ª del párrafo 1º del artículo 102, en su caso relacionada con el artículo 104-.

Como complemento a este estado de separación legal, el párrafo segundo de este artículo 102 señala que, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, a cuyos efectos dispone el párrafo tercero del mismo que cualquier uno de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad Mercantil.

2ª: Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno -Disposición 2ª del artículo 103, en su caso relacionada con el artículo 104-.

3ª: Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas

del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro, considerándose como contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedique a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad -Disposición 3ª del artículo 103, en su caso relacionada con el artículo 104-.

b': Con relación a las personas de los hijos:

1ª: Las reglas que rigen el régimen de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en cuanto se refiere a la situación en que hayan de quedar los hijos respecto de los cónyuges que se propongan demandar la separación o el divorcio de su matrimonio o durante la sustanciación del proceso de separación o de divorcio contenidas en la disposición 1ª del artículo 103 de la misma, en su caso relacionada con el artículo 104, pueden esquematizarse de la siguiente manera:

a) Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos, salvo que excepcionalmente, se encomiende a los hijos a otra persona o, en su caso, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

b) Tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

2ª: Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso, considerándose como contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedique a la atención



de los hijos comunes sujetos a patria potestad -Disposición 3ª del artículo 103, en su caso relacionada con el artículo 104-.

c': Con relación al régimen económico-matrimonial:

1ª: Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquirieran en lo sucesivo. -Disposición 4ª del artículo 103, en su caso relacionada con el artículo 104-.

2ª: Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio -Disposición 5ª del artículo 103, relacionada en su caso con el artículo 104-.

d) Tramitación de las medidas provisionales previas o coetaneas al proceso de separación y de divorcio (1046):

Las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 104 de la Ley 30/1931, de 7 de Julio, dictarán previos los trámites establecidos en los artículos 1884, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil -Disposición Adicional Cuarta, párrafo primero de la Ley-.

Las resoluciones a que hace referencia el artículo 103 del Código Civil se dictarán por los trámites de los artículos 1896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil -Disposición Adicional Cuarta, párrafo segundo de la Ley-.

e) Eficacia de las medidas provisionales previas y coetaneas al proceso de separación y de divorcio (1047):

Los efectos y medidas a que se refiere el artículo 104 del Código Civil sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente -Artículo 104 párrafo segundo de la Ley 30/1981, de 7 de Julio-.

En todo caso, los efectos y medidas previas y coetáneas al proceso de separación o de divorcio o que nos venimos refiriendo terminan cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. Con todo, la revocación de consentimiento y poderes se entiende definitiva -Artículo 106 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio-.

---

(1039) Cfr. punto 9.1.2. de la tesis.

(1040) El párrafo primero de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, dispone:

"Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos setenta y ciento cuatro del Código Civil se dictarán previos los trámites establecidos en los artículos 1884, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

(1041) El artículo 69 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, establece:

"Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos".

(1042) El párrafo segundo de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 30/1981 de 7 de Julio:

"Las resoluciones a que hace referencia el artículo ciento tres del Código Civil se dictarán por los trámites de los artículos 1896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

(1043) Cfr. punto 9.1.2. a) de la tesis.

(1044) Cfr. punto 9.1.2. b) de la tesis.

(1045) Cfr. punto 9.1.2. c) de la tesis.

(1046) Cfr. punto 9.1.2. d) de la tesis.

(1047) Cfr. punto 9.1.2. e) de la tesis.

14.8. Del procedimiento de separación y de divorcio:  
Procedimiento de separación y de divorcio establecido en la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

14.8.1. Procedimiento de separación de común acuerdos por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro:

Este procedimiento regulado en la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, se ha de seguir cuando la petición de separación o de divorcio se presenta de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro -Ejercicio de la acción de separación conforme al número primero del artículo 81 de la Ley y ejercicio de la acción de divorcio conforme al artículo 85 de la Ley por alguna de las causas comprendidas en los números primero, segundo, tercero apartado a) o cuarto del artículo 86 de la misma-:

Cuando la separación o el divorcio sea solicitado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación o el divorcio, conforme a los artículos 90 y 103 del Código Civil -Párrafo segundo del párrafo único del número primero del artículo 81 de la Ley y párrafo segundo del artículo 85 de la misma-. El artículo 90 de la Ley dispone:

"El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) La atribución del uso de vivienda y ajuar familiar.

C) La cotribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio".

El caso de no aprobación del acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia de separación o divorcio adoptará las medidas que hayan de sustituir al mismo conforme a los artículos 91 y siguientes de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, que se verán en su momento.

Tramitación de las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro: Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

"Uno. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en la presente disposición adicional.

Dos: La petición se formulará por escrito y a la misma deberá acompañarse: certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en el artículo noventa del Código Civil y el Documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho.

Tres: A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior deberán aportarse los siguientes documentos:

Primero: En el supuesto del artículo ochenta y uno, uno del Código Civil, el acta o inscripción del matrimonio que acredite que éste se ha celebrado al menos un año antes de la presentación del escrito de petición de separación.

Segundo: En el supuesto del artículo ochenta y seis, uno, la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio que acredite la interposición de la demanda de separación.

Tercero: En el supuesto del artículo ochenta y seis, dos, la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio, acreditativo de la interposición de la demanda de separación personal, siempre que el otro cónyuge se adhiera a la misma.

Cuarto: En el supuesto del artículo ochenta y seis, tres, a), la resolución judicial o cualquier otro documento que acredite el derecho.

Quinto: En los demás supuestos en que sobreviniere acuerdo en la presentación del escrito de petición de separación

o divorcio, el cónyuge o cónyuges deberán acompañar al citado escrito los documentos que lo acrediten, así como el cumplimiento de los demás requisitos que deban concurrir.

Cuando los cónyuges no aportaren los citados documentos se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho, que deberá practicarse en el plazo improrrogable de diez días.

Cuatro: En el plazo de tres días a contar desde la presentación de la petición, el Juez requerirá a las partes para que dentro de igual plazo se ratifiquen por separado en su petición de separación o divorcio.

Cinco: La admisión o inadmisión a trámite de la solicitud revestirá la forma de auto.

Sólo procederá la inadmisión si no se presentaren los documentos a que se refieren los números dos y tres de esta disposición, o si los cónyuges no hubiesen ratificado la petición. En el primer caso se concederá un plazo de diez días para subsanar los defectos y completar, en su caso, el convenio regulador. El auto de inadmisión podrá ser recurrido en apelación dentro del plazo de cinco días.

Seis: Si hubiese hijos menores o incapacitados, el Juez dará audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos, y, en su caso, dará audiencia a los mismos. Emitido informe por el Ministerio Fiscal o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, si considerase que el convenio no ampara suficientemente el interés de los hijos, acordará que las partes, en el plazo improrrogable de cinco días, le sometan un nuevo texto y propongan los medios de prueba de que intenten valerse para su aprobación. Practicada la prueba propuesta, el Juez, en plazo no superior al de diez días, podrá acordar para menor proveer la práctica de cualquier otra que considere necesaria.

Siete: El Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días. Si la sentencia declarase la separación o el divorcio, pero no aprobase en algún punto el convenio regulador a que se refiere el número anterior, concederá a los cónyuges un plazo de diez días para proponer nuevo convenio en lo relativo a este punto; y, presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido, dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

La sentencia y, en su caso, el auto ratificador del convenio podrán ser recurridos en apelación dentro del plazo de cinco días.

Ocho: Las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias tenidas en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción.

Nueve: En el procedimiento establecido por la presente disposición será preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, pero ambos cónyuges podrán valerse de una sola defensa y representación. Será de aplicación supletoria el procedimiento establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Diez: Contra la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia respectiva, en el plazo de cinco días.

Once: El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio, tramitándose con arreglo a lo establecido en los números anteriores, en el supuesto de que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad.

Doce: En estos pleitos será preceptiva la asistencia

de Abogado y Procurador, pero podrán las partes si así lo estiman valerse de una sola asistencia y representación.

Trece: En todo lo no expresamente regulado en esta disposición adicional se aplicarán, en cuanto no se oponga a ello, las restantes disposiciones adicionales.

Catorce: La Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará con carácter supletorio en sus artículos setecientos cuarenta y uno y setecientos sesenta y uno al procedimiento especial regulado en esta disposición adicional".

A su vez, la Disposición Adicional octava de la Ley señala: "En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes (1048).

Las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público. La tasa judicial correspondiente a las actuaciones a que se refiere esta Ley quedará reducida al cincuenta por ciento".

Por fin, la disposición Adicional Novena de la misma dispone:

"Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que conste el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos. A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio".

---

(1048) Cfr. punto 9.2.1. c) de la tesis.



14.8.2. Procedimiento normal de separación y de divorcio:

Este procedimiento regulado en la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, se ha de seguir cuando la separación se solicita a petición de uno de los cónyuges por estar incurso el otro en causa legal de separación o se ejercita la acción de divorcio por cualquiera de los cónyuges por alguna de las causas de divorcio comprendidas en el número 86 del Código Civil -Ejercicio de la acción de separación conforme al número segundo del artículo 81 de la Ley y ejercicio de la acción de divorcio conforme al artículo 85 de la Ley por alguna de las causas de divorcio comprendidas en el artículo 86 de la misma a petición de cualquiera de los cónyuges-.

Tramitación de las peticiones de separación o divorcio conforme al procedimiento previsto en la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

"Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en la disposición adicional, las de nulidad por las causas comprendidas en los apartados dos y tres del artículo setenta y tres y las que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código civil y no tengan señalado un procedimiento especial, se sustanciarán por los trámites de los incidentes con las siguientes modificaciones:

a) No será necesario intentar previamente la conciliación.

b) Cuando se solicite beneficio de justicia gratuita, por el actor o por el demandado se sustanciará el incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente, sin exacción de derechos.

c) El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción será de veinte días.

d) Si se hubiera formulado reconvención, el actor contestará dentro del plazo de diez días.

e) No se admitirá reconvención que no estuviera fundada en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación, al divorcio o a la nulidad por causa prevista en los apartados dos y tres del artículo setenta y tres del Código Civil.

f) El periodo de proposición y práctica de la prueba será de treinta días comunes a las partes.

g) Cuando alguno de los litigantes proponga prueba en los dos últimos días del periodo, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos, dentro de los dos días siguientes a la notificación de la providencia en que aquélla sea admitida. En este caso, la práctica de la prueba propuesta tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes.

h) No registrarán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el artículo mil doscientos cuarenta y siete del Código Civil.

i) El juez a quien se le ofrezcan dudas sobre la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio podrá acordar, para mejor proveer, cualquier prueba, incluida la testifical.

j) El recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley.

k) En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en la disposición adicional sexta, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que en la misma se establecen".

A este procedimiento son de aplicación las normas contenidas en las Disposiciones Adicionales octava y novena de la ley 30/1981, de 7 de Julio, reseñadas en el apartado anterior.

14.9. De los efectos de la separación y del divorcio:

14.9.1. De los efectos de la separación y del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges (1049):

El efecto típico de la separación de personas y bienes como institución jurídica que no produce la disolución del vínculo conyugal sino la simple suspensión de la vida común de los casados viene a reconocer explícitamente en el artículo 83 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, que dispone:

"La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica" (1050).

A su vez, el divorcio como institución jurídica lleva anejo la disolución del vínculo conyugal con la consiguiente libertad reconocida a los cónyuges de contraer nuevas nupcias con tercera persona, y así el artículo 85 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, regula el divorcio como institución por la cual se disuelve el vínculo matrimonial, estableciéndose en el artículo 89 de la misma:

"La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil" (1051).

---

(1049) Cfr. punto 10.1. de la tesis.

(1050) Cfr. punto 10.1.2. de la tesis.

(1051) Cfr. punto 10.1.1. de la tesis.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, dispone:

"Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente".

14.9.2. De los efectos de la separación y del divorcio en cuanto a los hijos (1052):

Dispone el artículo 91 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

"En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelares o garantías respectivas estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

a) Declaración del principio de la subsistencia de los deberes de los padres con sus hijos (1053):

El artículo 92 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, acoge el principio de la subsistencia íntegra de los deberes de los padres separados o cuyo matrimonio se ha disuelto por sentencia firme de divorcio para con sus hijos, regulando el régimen en que han de quedar los hijos respecto de los cónyuges separados o divorciados. Dispone este artículo:

"La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptados en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En el sentencia se acordará la privación de patria

potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurador no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas":

Teniendo en cuenta lo dispuesto a su vez en el artículo 91 de la Ley, podemos esquematizar las reglas que rigen el régimen en que han de quedar los hijos respecto de los cónyuges separados o divorciados de la siguiente manera:

1ª: La salvaguarda de los intereses de los hijos cuyos padres han obtenido la separación o el divorcio de su matrimonio es el principio base por que se rigen las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los mismos -Artículo 92 párrafo segundo de la Ley-.

2ª: A salvo el principio anterior, se estará a los acuerdos de los cónyuges sobre la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y, en su caso, el que ha de ejercer ésta, si la separación o el divorcio se solicitó por ambos cónyuges o por uno con consentimiento del otro y el Juez aprueba el convenio regulador de los efectos de separación o el divorcio en relación con los hijos -Artículo 90 de la Ley-.

3ª: En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el Juez acordará lo más conveniente para los hijos procurando no separar a los hermanos y la privación, en su caso, de la patria potestad respecto del cónyuge que del proceso se revele causa para ello -Artículo 92 párrafos segundo, tercero y cuarto-.

4ª: Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias -Artículo 91 inciso último de la Ley-

b) Derechos y obligaciones de los cónyuges para con los hijos del matrimonio según los tengan o no en su poder (1054)

Dispone el artículo 93 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

"El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

A su vez, el artículo 94 de la misma dispone:

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial".

Se pueden esquematizar así las reglas contenidas en los artículos 93 y 94 de la Ley respecto a los derechos y obligaciones de los cónyuges para con sus hijos según los tengan o no en su poder:

1ª: El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a prestar alimentos a los hijos, siendo el Juez quien determinará la contribución de cada progenitor para satisfacerlos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de los mismos según las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

2º: Los padres en cuyo poder no queden los hijos menores conservan el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, pero corresponde al Juez determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de estos derechos, el cual podrá limitarlos o suspenderlos si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren graves o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

---

(1052) Cfr. punto 10.2. de la tesis.

(1053) Cfr. punto 10.2. b) de la tesis.

(1054) Cfr. punto 10.2. c) de la tesis.

14.9.3. De los efectos de la separación y del divorcio en cuanto a los bienes del matrimonio (1055):

a) Con relación al régimen económico-matrimonial de los cónyuges.

Dispone el artículo 95 del Código Civil en su párrafo primero:

"La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico-matrimonial".

b) Con relación a los derechos patrimoniales de los cónyuges.

Dispone el artículo 1343 del Código Civil, según su redacción dada por Ley 11/1981, de 13 de Mayo (1056):

"Estas donaciones -donaciones por razón del matrimonio- serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos (1957).

En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquiera causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron (1058).

En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. Se estimará ingratitud además de los supuestos legales el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio (1059)".

c) Con relación a los derechos sucesorios.



El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la sección del capítulo segundo del título tercero del libro tercero del Código Civil, artículos 834 a 840, según la nueva configuración dada a la misma por la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, pero, conforme al artículo 945 del Código Civil en su nueva redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, si estuviera separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehaciente<sup>te</sup> mente no tendrá lugar, sin perjuicio al derecho en su caso a la cuota usufructuaria, el llamamiento a la herencia del cónyuge difunto a que se refiere el artículo 944 del Código Civil que, en su nueva redacción dada por la Ley citada, establece que en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.

A su vez, la Disposición Adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, establece con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación las siguientes normas en materia de pensiones y Seguridad Social:

"Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:"

Primera: A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

Segunda: Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de

ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.

Tercera: El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

Cuarta: Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

Quinta: Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil".

d) Con relación a la vivienda familiar.

Dispone el artículo 96 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetivos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda

al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

---

(1055) Cfr. punto 10.3. de la tesis.

(1056) El Capítulo III del título III del libro IV del Código Civil, artículos 1336 a 1343, conforme a la redacción del mismo por la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, trata de las "donaciones por razón de matrimonio".

(1957) El Capítulo IV del título II del libro III del Código Civil, artículo 644 a 656, redactada algunos de ellos conforme a la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, trata "de la revocación y reducción de las donaciones".

(1058) El artículo 647 del Código Civil dispone: "La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria".

(1059) De conformidad al artículo 648 del Código Civil, la donación podrá ser revocada, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos que señala: Conforme al artículo 1343 en su nueva redacción dada por Ley 11/1981, se estimará causa de ingratitud el que al donatario le sea imputable, según sentencia, la causa de separación o de divorcio.

14.9.4. De los efectos de la separación y del divorcio en cuanto a los alimentos (1060):

El tema de los alimentos tiene una regulación especial en la Ley 30/1981, de 7 de Julio, cuyos artículos 97 y 99 a 101 dispones:

Artículo 97: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

1ª: Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2ª: La edad y estado de salud.

3ª: La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4ª: La dedicación pasada y futura a la familia.

5ª: La colaboración con su trabajo, en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6ª: La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7ª: La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8ª: El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".

Artículo 99: "En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 de la Constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero".

Artículo 100: "Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la forma de uno u otro cónyuge".

Artículo 101: "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima".

14.10. Problemas de Derecho Internacional Privado:  
(1061):

Determinada la competencia de los Tribunales españoles en materia de divorcio y separación con algún elemento extranjero -"soluciones al conflicto de jurisdicciones" (1062)-, se plantea a nivel de Derecho Internacional Privado el problema respecto a la legislación aplicable en esta materia por los Tribunales españoles y el de la eficacia y reconocimiento en nuestro país de decisiones extranjeras en materia de divorcio o separación.

a) Si, a falta de un criterio legal, la doctrina del Tribunal Supremo adoptó con relación a la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 determinados criterios tomados en consideración para solventar esta cuestión de la legislación aplicable, en materia de divorcio o separación con algún elemento extranjero -"soluciones jurisprudenciales al conflicto de leyes"- (1063), la Ley 30/1981, de 7 de Julio, viene a regular los problemas planteados a nivel de Derecho Internacional Privado en esta materia, estableciendo en el párrafo primero de su artículo 107 los siguientes criterios de solución al tema de conflictos de leyes:

"La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española siempre que los Tribunales españoles resulten competentes".

b) Respecto a la fuerza obligatoria extraterritorial de sentencias extranjeras en materia de divorcio y separación con sus atributos de imperio, autoridad y jurisdicción en calidad de "ius receptum" en nuestro país, el párrafo segundo del artículo 107 de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, dispone:

"Las sentencias de separación y divorcio dictadas por los Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil" (1064).

---

(1061) Cfr. punto 11 de la tesis.

(1062) Cfr. puntos 11.1. y 14.7.1. de la tesis.

(1063) Cfr. punto 11.2. de la tesis.

(1064) Cfr. punto 11.3. de la tesis.

### CONCLUSION

#### 15. Conclusión:

Ha terminado el desarrollo del tema elegido como objeto del presente trabajo, "el estudio y exégesis de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 y actualidad de la problemática en torno al principio de indisolubilidad del matrimonio". Creemos haber conseguido nuestro propósito, a saber: Profundizar a través del estudio y exégesis de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 en las causas que motivan las más vivas polémicas y diversas actitudes cuando se trata de introducir en una sociedad fuertemente marcada como la nuestra por la tradición católica la institución jurídica del divorcio vincular, y exponer los argumentos y razonamientos de defensores y detractores del principio de indisolubilidad con el fin de que su conocimiento y comprensión por unos y otros, indisolubilistas y divorcistas, así como la visión de las distintas esferas de acción en que se mueven la potestad civil y la religiosa, pueda constituir el punto de partida de conciliación de aquellas actitudes radicalmente opuestas y enfrentadas entre sí.

Dentro de este marco, y aun cuando no ha sido nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo y sistemático de los preceptos contenidos en la Ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, no queremos poner fin a este trabajo sin hacer nuestro propio comentario sobre la llamada ley de Divorcio, examinándola, no desde el punto de vista jurídico, religioso o social, sino desde una perspectiva de política legislativa, y refiriéndonos concretamente a dos aspectos de ésta, el sistema de la Ley y el procedimiento regulado en la misma:

Consignado el principio de divorcio vincular, pueden apreciarse diversas directrices en la aceptación del mismo que, debidamente sistematizadas, pueden agruparse en alguno de los



sistemas siguientes: el basado en el divorcio-sanción, que acepta el divorcio por causas que determinan generalmente una culpa en uno de los cónyuges; el sistema objetivo, que acepta el divorcio por causas que sin originarse de un acto culposo del agente son estimadas como suficientes para autorizar el divorcio en razón a llevar consigo de hecho la ruptura de la comunidad de vida -el matrimonio debe ser disuelto cuando el Juez tiene la convicción de que, objetivamente, considerado, es falso e insostenible-; y, finalmente el basado en la simple manifestación de voluntad de los cónyuges. Si, como sabemos, el sistema de la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 se determinaba, preferentemente, por el principio del divorcio culpable, admitiendo sólo por excepción algunos motivos no culposos, y establecía el divorcio por mutuo disenso ponderadamente regulado, el sistema de la Ley actual prescinde decididamente del divorcio por culpa, y sin llegar a admitir la disolución del vínculo conyugal por mutuo disenso, concede el divorcio por la causa objetiva del cese efectivo de la convivencia conyugal condicionado al transcurso de determinado tracto de tiempo, según los distintos supuestos. Y es errónea, a mi parecer, la presunción que se establece de que el mero cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de cierto tiempo, aun cuando no se pruebe el libre y mutuo consentimiento de los cónyuges en la separación de hecho -con la excepción consignada en el apartado a) del número tercero del artículo 85 de la Ley-, induce ruptura de comunidad de vida, por virtud de la cual viene a admitirse en el fondo el mutuo disenso como principio contractual en el divorcio y ello sin arbitrar un procedimiento adecuado en que se constate existir una voluntad auténtica y sincera de los cónyuges de divorciarse, consagrándose igualmente por la misma, como señalan los Obispos de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española en su declaración de 3 de Febrero de 1981, la posibilidad de que, por decisión unilateral, cualquiera de los cónyuges pueda crear las condiciones legales para obtener el divorcio, haciendo posible un sistema de repudio matrimonial por arbitraria decisión de uno solo de los cónyuges que se agrava si tenemos en cuenta que de la misma puede beneficiarse el cónyuge que con su conducta

dió lugar a la separación de hecho y que, puede resultar mejorado no ya respecto a las proyecciones personales por lo que afecta a la vida matrimonial sino, incluso, respecto a las proyecciones derivadas de la sentencia que afectan a los hijos, bienes, alimentos y pensiones. En definitiva, si caben casos de grave perturbación matrimonial por causas objetivas (1065), en otros el criterio de culpabilidad es norma básica de comprensión del fracaso matrimonial y no es posible medir por igual al cónyuge inocente y al que con su conducta dió lugar al fracaso conyugal.

En cuanto al procedimiento debemos decir que si la Ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932 vino a consagrar aquella facultad o derecho que a los cónyuges vino a conceder el artículo 43 de la Constitución de la República de 9 de Diciembre de 1931 en forma de norma positiva jurisdiccionalmente aplicable, otorgándoles a tal fin dos procedimientos o medios para solicitar la disolución de su matrimonio, el mutuo disenso, regulado por los artículos 63 a 69 de la misma según normas procedimentales ponderadas encaminadas a constatar la existencia de una voluntad auténtica y sincera de los cónyuges de divorciarse y que excluyen todo sistema de repudio matrimonial por arbitraria decisión de uno sólo de los cónyuges (1066), y a petición de cualquiera de ellos con alegación de justa causa, regulado por los artículos 46 a 62 de la misma según régimen procedimental de instancia única con dos fases distintas la de instrucción ante los Jueces de Primera Instancia y la de resolución ante un Tribunal colegiado con la posibilidad de recurrir en revisión ante el Tribunal Supremo (1067), la nueva Ley 30/1981, de 7 de Julio, otorga a los cónyuges dos procedimientos distintos para solicitar la disolución de su matrimonio por alguna de las causas contenidas en el artículo 85 de la misma, según la petición de divorcio sea o no presentada de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, en el primer supuesto dirigido más que a constatar la voluntad auténtica y sincera de los cónyuges de divorciarse a comprobar los supuestos de hecho requeridos por las respectivas causas de divorcio alegadas

-el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso del tiempo exigido en cada caso-, y en el segundo caso se procede sin más a traer el procedimiento establecido en la Ley Procesal Civil para los incidentes con pequeñas variaciones y sin posibilidad de recurrir en última instancia al Tribunal Supremo -sólo se admitirá el recurso de casación a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley-, con lo que podemos decir se cierra el paso a la interpretación auténtica de la Ley por el único Tribunal que, conforme al número sexto del artículo 1º del Código Civil, establece doctrina (1068).

---

(1065) Cfr. punto 7.15. de la tesis en que se estudia el tema de la "incompatibilidad de caracteres" como causa de separación comprendida en el número tercero del artículo 36 de la ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932:

Cfr. Igualmente los puntos 7.7., 7.12., 7.13., y 7.14. de la tesis en que se analizan las causas no culposas admitidas por la ley de Divorcio de 2 de Marzo de 1932.

(1066) Cfr. punto 9.3. de la tesis.

(1067) Cfr. punto 9.2. de la tesis.

(1068) Cfr. punto 14.8. de la tesis.

1264

APENDICE I

"DECRETO DOGMATICO SOBRE EL SACRAMENTO DEL MATRIMONIO" (1).

---

(1) Copiado de la obra "El sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento", traducida al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala, librería de Rosa, Bouret y Cia., Paris, 1853, p. 300-305.

11

1265

SESION XXIV

Que es la VIII celebrada en tiempo del Sumo Pontífice Pio IV en 11 de Noviembre de 1563.

Doctrina sobre el sacramento del Matrimonio.

El primer padre del humano linaje declaró, inspirado por el Espiritu Santo, que el vínculo del Matrimonio es perpetuo é indisoluble, cuando dijo (1): "Ya es este hueso de mis huesos, y carne de mis carnes: por esta causa, dejará el hombre a su padre y a su mujer, y serán dos en un solo cuerpo. Aun mas abiertamente enseñó Cristo nuestro Señor que se unen, y juntan con este vínculo dos personas solamente, cuando refiriendo aquellas últimas palabras como pronunciadas por Dios, dijo (2): Y así ya no son dos, sino una carne; e inmediatamente confirmó la seguridad de este vínculo (declarada tanto tiempo antes por Adan) con estas palabras: Pues lo que Dios unió, no lo separe el hombre. El mismo Cristo, autor que estableció, y llevó a su perfección los venerables sacramentos, nos mereció con su pasión la gracia con que se había de perfeccionar aquel amor natural, confirmar su indisoluble unión, y santificar a los consortes. Esto insinúa el Apóstol San Pablo cuando dice (3): Hombres, amad a vuestras mujeres, como Cristo amó a su Iglesia, y se entregó a sí mismo por ella; añadiendo inmediatamente: Este sacramento es grande; quiero decir, en Cristo y en la Iglesia. Pues como en la ley Evangélica tenga el Matrimonio su excelencia respecto de los casamientos antiguos, por la gracia que Jesucristo nos adquirió; con razón enseñaron siempre nuestros santos Padres, los concilios, y la tradición de la Iglesia universal, que se debe contar entre los Sacramentos de la nueva ley. Mas enfurecidos contra esta tradición hombres impíos de este siglo, no solo han sentido mal de este Sacramento venerable, sino que introduciendo, según su costumbre, la libertad carnal con pretexto del Evangelio, han adoptado por escrito, y de palabra muchos asertos contrarios a lo que siente la Iglesia católica, y a la costumbre aprobada desde los tiempos Apostólicos, con gravísimo detrimento de los fieles cristianos. Y deseando el Santo concilio oponerse a su temeridad, ha resuelto exterminar las herejías y errores más sobresalientes de los mencionados cismaticos, para que su pernicioso contagio no inficione a otros, decretando los anatemas siguientes contra los mismos herejes y sus errores.

## Del sacramento del Matrimonio.

CAN. I. Si alguno dijere, que el Matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete Sacramentos de la ley Evangélica, instituido por Cristo nuestro Señor (4); sino inventado por los hombres en la Iglesia; y que no confiere gracia; sea excomulgado.

CAN. II. Si alguno dijere, que es lícito a los cristianos (5) tendrá un mismo tiempo muchas mujeres, y que esto no está prohibido por ninguna ley divina; sea excomulgado.

CAN. III. Si alguno dijere, que solo aquellos grados de consanguinidad y afinidad (6) que se expresan en el Levítico, pueden impedir el contraer Matrimonio, y dirimir el contraído; y que no puede la Iglesia dispensar en algunos de aquellos, o establecer que otros muchos impidan y diriman; sea excomulgado.

CAN. IV. Si alguno dijere, (7) que la Iglesia no pudo establecer impedimentos dirimientes del Matrimonio, o que erró en establecerlos; sea excomulgado.

CAN. V. Si alguno dijere, que se puede disolver el vínculo del Matrimonio por la herejía, o cohabitación molesta, o ausencia afectada del consorte; sea excomulgado.

CAN. VI. Si alguno dijere, que el Matrimonio rato, mas no consumado, no dirime por los votos solemnes de religión de uno de los dos consortes; sea excomulgado.

CAN. VII. Si alguno dijere, que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, según la doctrina del Evangelio y de los Apóstoles, que no se puede disolver el vínculo del Matrimonio por el adulterio de uno de los consortes; (8) y cuando enseña que ninguno de los dos, ni aún el inocente que no dió motivo al adulterio, puede contraer otro Matrimonio viviendo el otro consorte; y que cae en fornicación el que se casare con otra dejada la primera por adúltera, o la que, dejando al adúltero, se casare con otro, sea excomulgado.

CAN. VIII. Si alguno dijere, que yerra la Iglesia cuando decreta que se puede hacer por muchas causas la separación del lecho, o de la cohabitación entre los casados por tiempo determinado o indeterminado; sea excomulgado.

CAN. IX. Si alguno dijere, que los clérigos ordenados de mayores órdenes, o los Reguladores (9) que han hecho profesión solemne de castidad, pueden contraer matrimonio; y que es válido el que hayan contraído, sin que les obste la ley Eclesiástica, ni el voto; y que lo contrario no es mas que condenar el Matrimonio; y que pueden contraerlo todos los que conocen que no tienen el don de la castidad, aunque la hayan prometido por voto; sea excomulgado: pues es constante que Dios no lo rehusa a los que debidamente le piden este don (10), ni tampoco permite que seamos tentado mas que lo que podemos.

CAN. X. Si alguno dijere, que el estado del Matrimonio debe preferirse al estado de virginidad o de celibato; y que es mejor, ni mas feliz (11) mantenerse en la virginidad o celibato, que casarse; sea excomulgado.

CAN. XI. Si alguno dijere, que la prohibición de celebrar nupcias solemnes en ciertos tiempos del año, es una superstición tiránica, dimanada de la superstición de los gentiles; o condenare las bendiciones, y otras ceremonias que usa la Iglesia en los Matrimonios; sea excomulgado.

CAN. XII. Si alguno dijere, que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiasticos; sea excomulgado.

(1) Genes. 2. Ephes; 5.

(2) Matth. 19.

(3) Ephes. 5.

(4) Math. 19, Marc. 10, Ephes. 5.

(5) Math. 19.

(6) Levit. 18.

(7) Matth. 16., I Cor. 4.

(8) Math. 19, Luc. 10, I Cor. 7.

(9) Carth. IV, c. 204, et Mariac. I, c. 22.

(10) ICor. 10.

(11) Matth. 9. I Cor. 7.



APENDICE II

"CAPITULO TAMETSI DEL DECRETO DE REFORMA SOBRE EL MATRIMONIO"(1)

---

(1) Copiado de la obra "El sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento", traducida al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala, librería de Rosa, Bouret y Cia, París 1853, p. 305-309.

Decreto de reforma sobre el Matrimonio.

CAN. I. Renuévase la forma de contraer los Matrimonios con cierta solemnidad, prescrita en el concilio de Letrán. Los Obispos puedan dispensar de las proclamas: Quien contrajere Matrimonio de otro modo que a presencia del párroco, y de dos o tres testigos, lo contrae inválidamente.

Aunque no se puede dudar que los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia católica no los hizo irritos; bajo cuyo fundamento se deben justamente condenar, como los condena con excomunión el santo Concilio, los que niegan que fueron verdaderos y ratos, así como los que falsamente aseguran, que son irritos los matrimonios contrahidos por hijos de familia sin el consentimiento de sus padres, y que estos pueden hacerlos ratos o irritos; la Iglesia de Dios no obstante los ha detestado y prohibido en todos tiempos con justísimos motivos. Pero advirtiendo el santo Concilio que ya no aprovechan aquellas prohibiciones por la inobediencia de los hombres; y considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente los de aquellos que se mantienen en estado de condenación, mientras abandonada la primera mujer, con quien de secreto contrajeron matrimonio, contraen con otra en público, y viven con ella en perpetuo adulterio; no pudiendo la Iglesia, que no juzga de los crímenes ocultos, ocurrir a tan grave mal, si no aplica algún remedio más eficaz; manda con este objeto, insistiendo en las determinaciones del sagrado Concilio de Letran, celebrado en tiempo de Inocencio III, que en adelante, primero que se contraiga el matrimonio, proclame el cura propio de los contrayentes públicamente por tres veces, en tres días de fiesta seguidos, en la Iglesia, mientras se celebra la misa mayor, quienes son los que han de contraer matrimonio: y hechas estas amonestaciones se pase a celebrarlo a la faz de la Iglesia, y si no se opusiere ningún impedimento legítimo; y habiendo preguntado en ella el párroco al varón y a la mujer, y entendiendo el mutuo consentimiento de los dos, o diga: Yo os uno en matrimonio en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo; o use de otras palabras, según la costumbre recibida en cada provincia. Y si en alguna ocasión hubiere sospechas fundadas de que se podrá impedir maliciosamente el matrimonio, si proceden tantas amonestaciones; hagase solo una en este caso; o a lo menos celebrarse el matrimonio a presencia del Párroco, y de dos o tres testigos. Después de esto, y antes de consumarlo, se han de hacer

las proclamas en la Iglesia, para que más fácilmente se descubra si hay algunos impedimentos; a no ser que el mismo ordinario tenga por conveniente que se omitan las mencionadas proclamas, lo que el Santo Concilio deja a su prudencia y juicio. Los que atentaren contraer matrimonio de otro modo que a presencia del párroco, o de otro sacerdote con licencia del párroco, o del Ordinario, y de dos o tres testigos, quedan absolutamente inhábiles por disposición de este santo Concilio para contraerlo aún de este modo; y decreta que sean irritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los irrita y anula por el presente decreto. Manda además, que sean castigados con graves penas a voluntad del Ordinario, el párroco, o cualquiera otro sacerdote que asista a semejante contrato con menor número de testigos o así como los testigos que concurran sin párroco o sacerdote; y del mismo modo los propios contrayentes. Y después de esto, exhorta el mismo santo Concilio a los desposados, que no habiten en una misma casa antes de recibir en la Iglesia la bendición sacerdotal; ordenando sea el propio párroco el que de la bendición, y que sólo este o el Ordinario puedan conceder a otro sacerdote licencia para darla; sin que obtenga privilegio alguno, o costumbre, aunque sea inmemorial, que con mas razón debe llamarse corruptela. Y si el párroco, u otro sacerdote, ya sea regular ya secular, se atreviere a unir en matrimonio, o dar las bendiciones a desposados de otra parroquia sin licencia del párroco de los consortes; quede suspenso "ipso jure", aunque alegue que tiene licencia para ello por privilegio o costumbre inmemorial, hasta que sea absuelto por el Ordinario del párroco que debía asistir al matrimonio, o por la persona de quien se debía recibir la bendición tenga el párroco un libro en que escriba los nombres de los contrayentes y de los testigos, el día y lugar en que se contrajo el matrimonio, y guarde él mismo cuidadosamente este libro. Ultimamente exhorta el santo Concilio a los desposados que antes de contraer o a lo menos tres días antes de consumir el matrimonio, y confiesen con diligencias sus pecados, y se presenten religiosamente a recibir el Santísimo Sacramento de la Eucaristía. Si algunas provincias usan en este punto de otras costumbres y ceremonias loables, además de las dichas, desea ansiosamente el santo Concilio que se conserven en un todo. Y para que lleguen a noticia de todos estos tan saludables preceptos, manda a todos los Ordinarios, que procuren cuanto antes puedan publicar este decreto al pueblo, y que se expliquen cada una de las Iglesias parroquia-

les de su diócesis; y esto se ejecute en el primer año las más veces que puedan, y sucesivamente siempre que les parezca oportuno. Establece en fin que este decreto comience a tener su vigor en todas las parroquias a los treinta días de publicado, y los cuales se han de contar desde el día de la primera publicación que se hizo en la misma parroquia.

APENDICE III

REAL CEDULA DE FELIPE II DE 12 DE JULIO DE 1564 SOBRE EJECUCION Y CUMPLIMIEN-  
TO, CONSERVACION Y DEFENSA DE LO ORDENADO EN EL SANTO CONCILIO DE TRENTO.(1).

(1) Copiado de la obra "El sacrosanto y ecuménico Concilio de Trento", traducida al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala, librería de Rosa, Bouret y Cia., París 1853, p. 494-496.

Cédula de Felipe II, en que manda la observancia del Concilio.

D. Felipe, por la Gracia de Dios Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalem, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaen, de los Algarbes, de Algeciras, de Gibraltar, de las Islas de Canarias, de las Indias, Islas y tierra firme del mar Oceano, Conde de Flandes y de Tirol, etc. Al Serenísimo príncipe D. Carlos, nuestro muy caro y muy amado hijo, e a los prelados, Cardenales, arzobispos y Obispos y a los Duques, Marqueses, Condes, ricos-homes, priores de las órdenes, comendadores y subcomendadores y a los alcaides de los castillos, y las casas fuertes y llanas, y a los de nuestro consejo, presidentes y oidores de las nuestras audiencias, alcaides, alguaciles de la nuestra casa y corte, y chancillerías, y a todos los corregidores, asistentes, gobernadores, alcaides mayores y ordinarios, y a otros jueces y justicias cualquier de todas las ciudades, villas y lugares de los nuestros reinos y señoríos, y a cada uno y cualquier de vos en vuestra jurisdicción, a quien esta nuestra carta fuere mostrada, salud y gracia: Sabed que cierta y notoria es la obligación de los reyes y príncipes cristianos tienen a obedecer, guardar y cumplir, y que en sus reinos, estados y señoríos, se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Iglesia, y asistir, y ayudar, favorecer al efecto y ejecución, y a la conservación de ellos, como hijos obedientes, y protectores y defensores de ella, y la que asimismo por la misma causa tienen al cumplimiento y ejecución de los concilios universales, que legítima y canónicamente con la autoridad de la Santa Sede apostólica de Roma han sido convocados y celebrados. La autoridad de los cuales concilios universales fue siempre en la Iglesia de Dios de tanta y tan grande veneración y por estar y representarse en ellos la Iglesia católica y universal, y asistir a su dirección y progreso el Espíritu Santo. Uno de los cuales Concilios ha sido, y es, el que últimamente se ha celebrado en Trento, el cual primeramente a instancia del emperador y Rey mi señor, después de muchas y graves dificultades, fue indicto y convocado por la felice memoria de Paulo III, Pontífice Romano, para la estirpación de las herejías y errores, que en estos tiempos en la cristiandad tanto se han extendido, y para la reformación de los abusos, y excesos y desórdenes de que tanta necesidad había. El cual Concilio fue en vida del dicho Pontífice Paulo III comenzado.

Y después con la autoridad de buena memoria de Julio III se prosiguió, y últimamente con la autoridad y bulas de nuestro muy Santo Padre Pío IV se ha continuado y proseguido hasta se concluir y acabar, en el cual intervinieron y concurrieron de toda la cristiandad, y especialmente de estos nuestros reinos, tanto y tan notables prelados, y otras muchas personas de gran doctrina, religión y ejemplo. Asistiendo asimismo los embajadores del Emperador nuestro tío, y nuestros, y de los otros reyes y principes, repúblicas, y potestados de la cristiandad, y en él con la gracia de Dios, y asistencia del Espiritu Santo se hicieron en lo de la fe y religión tan santos y tan católicos decretos: Y asimismo se hicieron y ordenaron en lo de la reforma-ción, muchas cosas muy santas, y muy justas y muy convenientes, e importantes al servicio de Dios Nuestro Señor y bien de su Iglesia, y al Gobierno y policía eclesiástica. Y ahora habiéndonos Su Santidad enviado los decretos del dicho Santo Concilio impresos en forma auténtica: Nos como católico rey, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos, y siguiendo el ejemplo de los reyes nuestros antepasados de gloriosa memoria, habiéndonos aceptado y recibido, y aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio, y queremos que en estos nuestros reinos sea guardado, cumplido y ejecutado, y daremos y prestaremos para la dicha ejecución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en él ordenado nuestra ayuda y favor: interponiendo a ello nuestra autoridad y brazo real, cuanto sea necesario y conveniente. Y así encargamos y mandamos a los arzobispos, obispos, y otros prelados, y a los generales provinciales, priores, guardianes de las órdenes, e a todos los demás a quien esto toca e incumbe, que hagan luego publicar, e publiquen en sus iglesias distritos y diócesis, y en las otras partes y lugares de conviniere el dicho santo Concilio y lo guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir, y ejecutar con el cuidado, celo y diligencia que negoció tan de servicio de Dios, y bien de su iglesia requiere. Y mandamos a los de nuestro consejo, Presidentes de las nuestras Audiencias, y a los Gobernadores, Corregidores, y a otras cualesquier justicias, que den y presten el favor y ayuda que para la ejecución y cumplimiento del dicho Concilio, y de lo ordenado en él será necesario, y nos tenemos particular cuenta y cuidado de saber, y entender como lo susodicho se guarda, cumple y ejecuta, para que en negocio que tanto importa al servicio de Dios, y bien de su Iglesia no haya descuidado ni negligencia. Dada en la Villa de Madrid a 12 días

del mes de Julio del M.D.LXIV años. Yo el Rey: Yo Francisco de Eraso, secretario de Su Majestad Real la fice escribir por su mandado. Juan de Figueroa: El licenciado Vaca de Castro, el Doctor Diego Gasca, el Doctor Velasco, el Licenciado Villa Gómez, el Licenciado Espinosa, el Licenciado Gómez de Montalvo. Registrada. Martín de Vergara. Martín de Vergara por Chanciller (1).



1277

-APENDICE IV

PROYECTO DE LEY SOBRE EL DIVORCIO (1).

---

(1) Transcrito del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española: Legislatura de 1931-1933: Apéndice IV al núm. 86.

## A LAS CORTES CONSTITUYENTES

Al presentar el Ministro que suscribe a las Cortes Constituyentes este proyecto de ley quiere rendir homenaje de pública gratitud a la "Comisión Asesora Jurídica". Es la Comisión y su presidente quienes han redactado, mediante estudios afanosos, el proyecto que tengo el honor de someter a la Cámara; es el Pleno de esa Comisión, en la que se hallan representadas todas las posiciones ideológicas, el que ha suscrito el dictamen que es sometido hoy a las Constituyentes.

La trascendencia moral, jurídica y social del matrimonio exigía del gobierno de la República un aquilatado examen de la extensión que había de darse a la legislación sobre divorcio; por ello acudió a la "Comisión Asesora Jurídica", a fin de lograr que la propuesta trajera la autoridad colegial de un Organismo técnico provisto de alta competencia.

Mas el Gobierno de la República, al secularizar el Estado, no podía dejar tras sí cuanto al matrimonio y a su íntima estructura jurídica atañe; desoir las apelaciones reiteradas de quienes, al buscar la felicidad en un hogar, hallaron la desventura; no podía solicitarse con quienes quieren hacer de las situaciones creadas por dolo o culpa situaciones disolubles jurídicamente; no podía, en una palabra, permanecer atado a todo sistema de perjuicios sociales e imposiciones confesionales de que constitucionalmente se ha liberado.

El Derecho, al fluidificarse y dar acceso a la rectificación de las situaciones jurídicas subjetivas, creando un cuadro de formas extintivas de las relaciones matrimoniales, posibilita el que se haga más clara y limpia la moral familiar, porque no es el divorcio, concebido en la forma propuesta a la Cámara, medio que pueda debilitar de modo genérico el vínculo matrimonial o amenguar el espíritu de sacrificio que constituye y ha de ser siempre la substancia espiritual de la familia, sino el resorte postrero a que acudir cuando se haga imposible obtener las bases subjetivas que la crearon.

Recibido en las Cortes Constituyentes de la República el principio de la disolución del matrimonio por causa de divorcio era deber inexcusable

del Gobierno preparar y someter al Parlamento un proyecto de ley que regulase tan delicada materia, la cual, por afectar hóndamente al fuero individual y al interés público, exige normas de exquisita pulcritud y ponderación que por igual alejen a sus disposiciones de cualquier innecesario sacrificio de la voluntad privada como de todo extremismo perturbador para la paz pública.

En el texto Constitucional la libertad de los cónyuges ha sido respetada, pero subordinada con justicia al interés de la sociedad; a la vez que en aquella norma establecía el mutuo disenso como principio contractual en el divorcio, recababa para el Estado la intervención dispensable en su ejercicio de la disciplina de sus afectos, y al propio tiempo que abría amplio cauce para la acción unilateral del divorcio, siempre que existiera justa causa, rechazó severamente todo sistema de repudio matrimonial por arbitraria decisión de uno solo de los cónyuges.

Sobre tan escrupulosas bases, como lo son las de nuestro precepto constitucional acerca del divorcio, se asienta la reglamentación vertida en el adjunto proyecto de ley, cuyos dos primeros artículos se limitan a consagrar aquellas en forma de norma positiva como derecho jurisdiccionalmente aplicada.

Cierra este primer capítulo de la Ley con una enunciación, mas ejemplar que taxativa, de las causas legítimas del divorcio. Son doce las admitidas por expresa definición de la Ley. La interpretación de los Tribunales podrá obrar en su aplicación con eficacia expansiva. Pero el empleo judicial de un método de analogía, fecundo y necesario en estas causas matrimoniales de experiencia multiforme, no deberá olvidar que el sistema de la Ley se ha determinado perfectamente por el principio del divorcio culpable y que ha admitido solo por excepción algunos motivos no culposos. Se justifica tanto mas aquella preferencia de la Ley cuanto que a los casos de grave perturbación matrimonial por causas objetivas ha podido preveer mediante el régimen de separación judicial, la cual, mantenida durante cierto tiempo, da lugar al pleno divorcio. Finalmente, el pensamiento que informa este proyecto se muestra a este respecto un poco celoso ante el abusivo empleo que de la acción de Divorcio pudiera hacerse. Ello sería enormemente perturbador para la regularidad de la vida civil, y en defensa de esta, el legislador

entiende más conforme al interés general erigir en principio de su ley un criterio sancionador contra las graves faltas familiares que abrir sin contención el camino a posibles estímulos de egoísmo inconciliables en absoluto con aquellos deberes de auxilio mutuo que los cónyuges han de prestarse, y mas estrechamente aún en condiciones desgraciadas para cualquiera de ellos.

El ejercicio de la acción de divorcio ha sido de conformidad con dichos principios, supeditado a ciertas condiciones que acrediten la seriedad del motivo, la presencia actual o el pasado próximo de las causas determinantes del divorcio; y a este efecto ha cercado la vigencia de la acción con plazos de caducidad y de prescripción que impidan controversias notoriamente retrospectivas sobre sucesos presuntivamente tolerados.

Los efectos del divorcio son en esta Ley minuciosamente reglados. Las normas de esta parte del proyecto se elevan a categoría de leyes civiles de orden público. Su vigencia y aplicación está por encima de la voluntad de los interesados; es cierto que se respeta plenamente al cónyuge inocente su derecho a contraer nuevo matrimonio, pero al cónyuge culpable, según la índole grave de su falta o la reiteración de su culpabilidad en causas de divorcio, le es prohibido contraer válidamente nuevas nupcias. Sin esta previsión de la Ley podrían convertirse sus disposiciones en monstruoso instrumento de pasión desordenada, que en ningún caso puede exhibir título que la disculpe ni menos que la justifique.

Esencial preocupación de esta Ley ha sido la suerte de los hijos cuyos padres se divorciaron. Cuantas medidas de protección se han podido adoptar han sido acogidas; así se declara el principio inderogable de las subsistencias íntegras de los deberes de los padres para con sus hijos; se provee a su guarda personal y a la gestión de su patrimonio por los medios que sugiere la máxima conveniencia moral y material de los hijos, y se impone la preferencia de asistirlos personalmente para el cónyuge no culpable. La autoridad judicial vigila con su aprobación el acuerdo posible de los padres, en la relación a la permanencia de los hijos en compañía de uno u otro de aquellos, y altera por su resolución, cuanto fuere preciso, el régimen establecido. No vacila la ley en ordenar la Constitución de tutela en los casos mas graves de doble culpabilidad de ambos cónyuges a la institución judicial de un gestor de los bienes de los hijos cuando el segundo

matrimonio del padre que los tiene bajo su guarda hace temer que los frutos reciban aplicación no conforme al implícito destino que la ley hubo de asignarles o de la administración de aquellos puede quebrantarse en manos del padre bínubo.

Y todavía la ley, con el propósito de fortalecer los resortes de protección a los hijos y al cónyuge inocente, no ha dudado en acoger bajo sus prescripciones y en aplicación concreta a la situación de divorcio la figura delictiva del abandono de familias que otras legislaciones contemporáneas tienen ya incorporadas a su inventario penal. Quien culpablemente desatiende y se despreocupa del más fundamental de sus deberes familiares, consiste en atender a las necesidades de su prole y de su cónyuge, es merecedor de una sanción punitiva, tanto si la falta se comete en constante matrimonio cuanto si la produce en situación de divorcio. Aún es más frecuente en este caso, según conocidas experiencias de otros países en cuyo derecho matrimonial se establece el divorcio. En su virtud, nuestro proyecto ha optado como primer ensayo por aplicar un sistema de sanciones penales al cónyuge divorciado que deja, culpablemente, de proveer con los alimentos debidos al cónyuge inocente y a los descendientes, castigando la reincidencia con mayor severidad y sin que sirva excusarle de su falta de abandono la circunstancia de haber constituido garantías de su solvencia económica, pues este hecho responde a un orden diferente que no debe confundirse con el riguroso imperativo moral a que se refiere la disposición penal formulada en esta ley.

También se ha preocupado esta de regular los efectos del divorcio en cuanto a los bienes de los cónyuges. Las disposiciones a este respecto establecidas plantean soluciones nuevas en nuestro derecho matrimonial económico; a la mujer divorciada se le reconocen posiciones rotundas de plena capacidad, que también se le aplican al caso de mera separación judicial sin disolución de vínculos.

Por último, el proyecto ha establecido el procedimiento judicial de los pleitos de separación y divorcio sobre bases de tramitación sumaria, y, por tanto económica -aparte de la facilidad concedida al pobre para liquidar su divorcio sin previa ejecutoria de pobreza-, pero sin mengua de las garantías procesales. Se ensaya en el nuevo procedimiento la única instancia

ante las Salas de lo Civil de las Audiencias territoriales, conservando la intervención del juez de primera instancia para la adopción de las medidas provisionales en esta clase de litigios, la dirección y vigilancia en la tramitación escrita del pleito, el resumen razonado de las pruebas practicadas juntamente con un informe sobre la cuestión de derecho; por último, se le reserva jurisdicción para que cualquier momento del litigio, hasta que haya sentencia firme, pueda adoptar las resoluciones de urgencia que las circunstancias exijan en relación a las personas y bienes de los cónyuges o de los hijos. Contra la sentencia de instancia se concede un recurso especial de revisión por y ante el Tribunal Supremo, que sirve de garantía al litigante que se creyera agraviado. Al juez de primera instancia se le encomienda, en fin, íntegramente, con la resolución final inclusive, el sencillo procedimiento especial que debe seguirse en los divorcio por mutuo disenso.

Algunas disposiciones de carácter transitorio cierran el contenido de la presente Ley. Redactadas con un sentido de generalidad, marcan la pauta para resolver estos conflictos de aplicación de la ley en el tiempo, tanto en el ámbito del Derecho material como en orden al nuevo Derecho procesal que se establece. Pero deliberadamente se ha huido de ningún exceso de detalles en este punto, que por referirse a la aplicación de la ley en cada caso controvertido, corresponde más a la interposición jurídica que al precepto legislativo terminante.

#### PROYECTO DE LEY

#### CAPITULO PRIMERO

#### Del divorcio.- Sus causas.

El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles disuelve el matrimonio cualquiera que hubiere sido la forma de su celebración.

Habrà lugar al divorcio cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone.

Son causas legítimas de divorcio:

10º: La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

11º: La separación de hecho, libremente consentida durante cinco años.

12º: La enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida su conveniencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluyan toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la asistencia del demente.

## CAPITULO II

### Ejercicio de la acción de divorcio.

Art. 4º Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad. No se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio.

Art. 5º El divorcio mediante causa legítima sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad.

Art. 6º La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Sus herederos podrán continuar la demanda o reconvenición deducida por el causante a los efectos del art. 30.

Art. 7º El cónyuge que esté sufriendo la pena de interdicción civil podrá pedir por sí mismo el divorcio alegando justa causa imputable al otro cónyuge.

Art. 8º No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años desde que el hecho se realizó. Cuando se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 11 y 12, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

Los plazos de seis meses y cinco años no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponde la acción de

divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique.

Art. 9º La sentencia declarará culpable cuando proceda, al cónyuge que hubiese dado causa al divorcio o a los dos en su caso.

Art. 10 La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del juez que entienda en el litigio. Cuando la solicitud de divorcio estuviere fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo sin justa causa hasta después de transcurridos dos años.

### CAPITULO III

#### De los efectos del divorcio.

##### SECCION PRIMERA

De los efectos del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges.

Art. 11. Por la sentencia firme de divorcio, el cónyuge inocente queda en libertad de contraer nuevo matrimonio, y el culpable sólo podrá contraerlo, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número 2 del art. 45 del Código Civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas 4º, 6º u 11º. o por mutuo disenso.

Art. 12. No podrán contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa 3º del artículo 3, ni el cónyuge que hubiese sido declarado dos veces culpable en proceso de divorcio.

Art. 13. El cónyuge culpable de divorcio, en casos no previstos por el artículo anterior, no podrá contraer nuevo matrimonio hasta transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia.

Art. 14. Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado



otras nupcias, podrán contraer nuevo matrimonio entre si en cualquier tiempo, a no ser que el divorcio se hubiere fundado en la causa 3ª; pero no podrán obtener después el divorcio por mutuo disenso.

#### SECCION SEGUNDA

De los efectos del divorcio en cuanto a los hijos.

Art. 15. La disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El juez fija la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir al cumplimiento de aquellas. Son aplicables a este supuesto las disposiciones del artículo 34.

Art. 16. Los hijos conservan todos los derechos y ventajas que les están asegurados por las leyes, por sus padres o por otras personas; pero no podrán ejercitarlos sino en los mismos casos en que podrían hacerlo de no haber mediado el divorcio.

Art. 17. Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas 1ª, 2ª, 9ª, 10ª, y 11ª o por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cual de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del juez.

Art. 18. A falta de acuerdo quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cual de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código Civil.

Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso los hijos menores de cinco años.

Art. 19. El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores podrá ser modificado en virtud de las causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos.

Art. 20. El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, salvo que hubiere sido declarado culpable del divorcio fundado en las causas 3ª o 5ª.

Art. 21. Aquel de los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrá sobre ellos la patria potestad y, por consiguiente, su representación y el usufructo y administración de sus bienes.

El que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

Art. 22. El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será, por sí sólo, causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto no obstante, el juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda.

En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos.

Art. 23. El plazo de trescientos días que establece el art. 108 del Código civil, empezará a contarse desde la fecha de la diligencia judicial de separación de los cónyuges.

#### SECCION TERCERA

De los bienes del matrimonio.

Art. 24. La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia

firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes.

Art. 25. Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique.

Art. 26. La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decrete se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal.

Art. 27. Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí, volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiere ejecutado legalmente.

Antes de contraer el segundo matrimonio, harán constar los contrayentes por escritura pública los bienes que nuevamente aporten y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno.

En el caso de este artículo se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de divorcio.

Art. 28. El divorcio no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 29. El cónyuge culpable pierde todo lo que hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración de éste; y el inocente conserva todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste hubiere prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad.

Art. 30. El cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex

consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece el art. 834 del Código Civil, ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420, del mismo Código. Si al fallecer el causante estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito.

#### SECCION CUARTA

##### De los alimentos.

Art. 31. El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado.

Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso.

Art. 32. El derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato.

La obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas cuando sean herederos forzosos.

Art. 33. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos.

Art. 34. El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir la hipoteca, o fuesen insuficientes, el juez determinará, según las circunstancias, las garantías que haya de prestar.

Art. 35. El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio, judicialmente aprobado o de resolución judicial y que culpablemente

dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castiga en todo caso con pena de prisión.

Art. 36. En lo que no esté previsto en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones del Título VI, Libro I del Código civil.

#### CAPITULO IV

##### De la separación de personas y bienes.

Art. 37. Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

1º: Por consentimiento mutuo.

2º: Por las mismas causas que el divorcio.

3º: Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

En este caso podrá impedir la separación cualquiera de los cónyuges.

Art. 38. El ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta Ley.

Corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones.

Art. 39. La separación sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta ley.

Art. 40. Se dictará sentencia de divorcio a petición de los cónyuges, transcurridos dos años a contar desde la fecha de la sentencia de separación, y a petición de cualquiera de ellos cuando hubieren transcurrido tres años.

Art. 41. Por los incapacitados, a tenor del art. 213 del Código civil, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia. Esta separación no podrá motivarla sentencia de divorcio a que se refiere el art. 40 sino transcurridos tres años y a petición del cónyuge capaz.

#### CAPITULO V

##### Del procedimiento de divorcio.

##### SECCION PRIMERA

##### Disposiciones generales.

Art. 42. Será juez competente para conocer en las causas de separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Art. 43. El juez examinará de oficio su propia competencia. Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo establecido en el artículo anterior.

Art. 44. Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, adoptará el juez, mientras durante el juicio, las disposiciones siguientes:

1º: Separar los cónyuges en todo caso.

2º: Señalar el domicilio de la mujer.

3º: Poner los hijos menores de cinco años al cuidado de la madre, y los mayores de esa edad al cuidado del padre. El juez podrá, sin embargo, proceder de modo distinto en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges, ratificado a la presencia judicial.

4º: Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, y a los hijos que no queden en poder del padre.

5º: Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere; o en la de los bienes de la sociedad conyugal.

Art. 45. Cuando se solicite la defensa por pobre, tanto por el actor como por el demandado, se sustanciará este incidente en pieza separada, sin tener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

#### SECCION SEGUNDA

Del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa.

Art. 46. Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, con las modificaciones introducidas por esta ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente la conciliación.

Art. 47. Entre los documentos que deben acompañar a la demanda, figurarán los que justifiquen el domicilio conyugal o, en su caso, la residencia.

Art. 48. El Ministerio fiscal será parte en el juicio principal y en todas sus incidencias.

Art. 49. Las partes podrán comparecer por sí mismas o por medio de procurador. En todo caso, la demanda se formulará por escrito.

Art. 50. Si se hubiere formulado reconvencción, el actor contestará dentro del plazo improrrogable de diez días. No se admitirá reconvencción que no estuviere fundada en alguna de las causas establecidas en el art. 3º.

Art. 51. La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria.

Los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos.

Art. 52. Cerrado el período de prueba, procederá el juez, dentro de los diez días siguientes, a hacer un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho.

Art. 53. Cumplido el trámite del artículo anterior, quedarán los autos de manifiesto por el término de cinco días, transcurrido el cual, se remitirán a la Sala de lo Civil de la Audiencia respectiva para la vista del pleito, previa instrucción de las partes y del ponente.

Art. 54. Las vistas de los pleitos e incidentes de la separación y del divorcio, gozarán de la excepción a que se refiere el segundo párrafo del art. 321 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 55. Los jueces y Tribunales podrán disponer de oficio o a instancia de partes que el despacho y la vista se haga a puerta cerrada, cuando así lo exija la moral y el decoro, la naturaleza de la causa de separación o de divorcio. Quedan asimismo prohibidas, bajo pena de multa de 500 a 25.000 pesetas, impuesta por el Tribunal que haya conocido del pleito, las informaciones y comentarios periodísticos relativos al litigio y a sus incidentes.

Art. 56. Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, por alguna de las causas siguientes:

1º: Incompetencia de jurisdicción.

2º: Violación de la formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.

3º: Injusticia notoria.

El recurso se interpondrá mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación. Transcurrido este plazo, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazando a las partes para que comparezcan en término de quince días. Recibidos los autos y personado el recurrente, se mandarán traer a la vista, previa instrucción de las partes y del ponente, por término de cinco días a cada uno. Celebrada la vista, se dictará sentencia en plazo de diez días.

Art. 57. El juez de primera instancia podrá, en cualquier estado del pleito, adoptar provisionalmente las medidas de urgencia que considere



indispensable respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus hijos, conforme a las disposiciones de esta ley.

Art. 58. Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por hechos de los señalados con los núms. 1,2,7 y 10 del art. 3º de esta ley, como causas de divorcio, el juez dará traslado al demandado, y si éste no reconviniere ni alegare excepción suficiente a desvirtuar la acción, o no compareciere, citará sin más para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio fiscal.

Art. 59. Obtenida una sentencia de separación y transcurrido el tiempo a que se refiere el art. 40 sin que hubiere mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el juez, probados estos extremos, citará sin mas a las partes, para sentencia, ante la Sala de lo Civil correspondiente.

#### SECCION TERCERA

Del procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso.

Art. 60. En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el juez competente, personalmente o por medio de representante con poder especial.

Art. 61. Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados.

Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará mediante un interrogatorio escrupuloso la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse.

Art. 62. Ratificados los cónyuges, el juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los cónyuges y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 44 de esta ley. De todo ello

se levantará acta que será firmada por el juez, por los cónyuges y por el actuario.

Art. 63. Si se hubiere pedido la separación se decretará desde luego después de la ratificación.

En caso de haberse solicitado el divorcio, el juez citará a las partes a nueva comparecencia, seis meses después, para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse.

Art. 64. Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges y se les citará para nueva y última comparecencia, seis meses más tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

Art. 65. La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias a que se refiere el artículo anterior, se interpretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado.

Art. 66. Las sentencias firmes de divorcio se comunicarán de oficio al Registro civil en que conste la celebración del matrimonio y a aquel en que radiquen las inscripciones de nacimiento.

#### Reglas transitorias.

2º: Los cónyuges que al promulgarse esta ley estuvieren separados por sentencia firme a la que el código civil reconozca efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio, conforme a lo dispuesto en el art. 40. Podrán pedir asimismo el divorcio por mutuo disenso, o alegando justa causa comprendida en el art. 3º, aunque sea la misma que hubiese motivado la separación.

3º: En los juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de esta ley, cualquiera que sea su estado, se dará traslado al actor para que en el término de diez días manifieste si opta por el divorcio vincular que en ella se regula. Si así fuese, deberá iniciarse nuevamente el procedimiento y sustanciarse conforme a las disposiciones de la acción segunda del capítulo V. Si el actor optare por la continuación del pleito, se sustanciará con sujeción a los trámites ordenados en esta ley. La sentencia en este caso será de separación y tendrá los efectos que previenen los arts. 39 y 40.

Queda a salvo el derecho de los cónyuges para obtener el divorcio por mutuo disenso.

4º: Cuando hubiere separación de los bienes de los cónyuges decretada conforme al capítulo VI, Título III, libro IV, del Código civil, por causa de divorcio, si el marido hubiera conservado la administración de los bienes del matrimonio, la mujer podrá exigir que se liquiden y se la entreguen los bienes propios y los que la correspondan de la sociedad conyugal. En cuanto a ellos, se observará lo dispuesto en el art. 25. Entre los cónyuges regirá en este caso lo que se dispone en la sección cuarta del capítulo III de esta ley.

#### Disposición final.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a las de la presente ley.

Madrid, 4 de Diciembre de 1931.- El Ministro de Justicia, Fernando de los Ríos Urruti.

1296

APENDICE V

DICTAMEN DE LA COMISION PERMANENTE DE JUSTICIA SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE  
DIVORCIO (1)

---

(1) Transcrito del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la  
República Española: Legislatura de 1931-1933: Apéndice I al NUM. 101.

## A LAS CORTES

La Comisión permanente de Justicia, reunida en el día de hoy, ha terminado de examinar el proyecto de ley presentado por el Sr. Ministro del ramo sobre el divorcio, y ha acordado presentar a la aprobación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY  
CAPITULO PRIMERO

## Del divorcio.- Sus causas

El divorcio decretado por sentencia firme de los Tribunales civiles disuelve el matrimonio cualquiera que hubiere sido la forma de su celebración.

Habrá lugar al divorcio cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone.

Art. 3º. Son causas legítimas de divorcio:

Undécima. La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a doce años.

Duodécima. La separación de hecho, libremente consentida, durante tres años.

Decimotercera. La enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida su convivencia espiritual en término gravemente perjudiciales para la familia y que excluyan toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la asistencia del demente.

## CAPITULO II

## Ejercicio de la acción de divorcio.

Art. 4º. El divorcio mediante causa legítima sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad.

Art. 5º. La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Sus herederos podrán continuar la demanda o reconvención deducida por el causante a los efectos del artículo 27.

Art. 6º. El cónyuge que está sufriendo la pena de interdicción civil podrá pedir por sí mismo el divorcio, alegando justa causa imputable al otro cónyuge.

Art. 7º. No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda, o cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de la prescripción se fija en diez años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o de uno de aquellos, que no prescribirán. Cuando se funde en alguna de las causas cuarta, quinta, sexta, octava, duodécima o decimotercera, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva.

Los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponde la acción de divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verificase.

Art. 8º. La sentencia declarará culpable, cuando proceda, al cónyuge que hubiese dado causa de divorcio o a los dos, en su caso.

Art. 9. La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del juez que entienda en el litigio. Cuando la solicitud de divorcio estuviere fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo, sin justa causa, hasta después de transcurridos dos años.

### CAPITULO III

De los efectos del divorcio.

#### SECCION PRIMERA

De los efectos del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges.

Art. 10. Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable solo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del núm. 2 del art. 45 del Código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas quinta y sexta, décima o duodécima, o por mutuo disenso.

Art. 11. Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo.

#### SECCION SEGUNDA

De los efectos del divorcio en cuanto a los hijos.

Art. 12. La disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El juez fijará la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir de aquéllas. Son aplicables a este supuesto las disposiciones del art. 31.

Art. 13. Los hijos conservan todos los derechos y ventajas que les están asegurados por las leyes, por sus padres o por otras personas; pero no podrán ejercitarlos sino en los mismos casos en que podrían hacerlo de no haber mediado el divorcio.

Art. 14. Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas primera, segunda, novena, décima, undécima y duodécima, ó por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cual de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del juez.

Art. 15. A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuere ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cual de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.

Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años.

Art. 16. El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos.

Art. 17. El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiere sido declarado culpable del divorcio fundado en las causas tercera, cuarta o séptima. En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial.

Art. 18. Aquel de los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrá sobre ellos la patria potestad, y, por consiguiente, su representación y el usufructo y administración de sus bienes.

El que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

Art. 19. El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto, no obstante, el juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda.

En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos.



Art. 20. El plazo de trescientos días que establece el art. 108 del Código civil, empezará a contarse desde la fecha de la diligencia judicial de separación de los cónyuges.

#### SECCION TERCERA

##### De los bienes del matrimonio.

Art. 21. La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes.

Art. 22. Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique.

Art. 23. La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decrete se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal.

Art. 24. Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí, volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiere ejecutado legalmente.

Antes de contrair el segundo matrimonio, harán constar los contrayentes por escritura pública los bienes que nuevamente aporten y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno.

En el caso de este artículo se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de divorcio.

Art. 25. El divorcio no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 26. El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste; y el inocente conserva todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiere prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad.

Art. 27. El cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece el art. 834 del Código civil, ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo código. Si al fallecer el causante estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito.

#### SECCION CUARTA

##### De los alimentos.

Art. 28. El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independientemente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado.

Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso.

Art. 29. El derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato.

La obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas cuando sean herederos forzosos.

Art. 30. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos.

Art. 31. El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente

a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que, constituir la hipoteca, o fuesen insuficientes, el juez determinará, según las circunstancias, las garantías que haya de prestar.

Art. 32. El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio, judicialmente aprobado o de resolución judicial y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión.

Art. 33. En lo que no esté previsto en la presente ley, se aplicarán las disposiciones del Título VI, Libro I del Código Civil.

#### CAPITULO IV

##### De la separación de personas y bienes.

Art. 34. Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

1º: Por consentimiento mutuo.

2º: Por las mismas causas que el divorcio.

3º: Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres o de mentalidad entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

En este caso podrá pedir la separación cualquiera de los cónyuges.

Art. 35. El ejercicio de la acción está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta ley.

Corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones.

Art. 36. La separación sólo produce la suspensión de vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio a la guarda de los

hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta ley.

Art. 37. Se dictará sentencia de divorcio a petición de los cónyuges, transcurridos dos años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación, y a petición de cualquiera de ellos cuando hubieren transcurrido tres años.

Art. 38. Por los incapacitados, a tenor del art. 231 del Código civil, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia. Esta separación no podrá motivar la sentencia de divorcio a que se refiere el art. 37 sino transcurridos tres años y a petición del cónyuge capaz.

#### CAPITULO V

Del procedimiento de divorcio.

##### SECCION PRIMERA

##### Disposiciones generales

Art. 39. Será juez competente para conocer en las causas de separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Art. 40. El juez examinará de oficio su propia competencia. Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo establecido en el artículo anterior.

Art. 41. Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, adoptará el juez, mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1ª: Separar los cónyuges en todo caso.

2ª: Señalar el domicilio de la mujer.

3ª: Poner los hijos menores de cinco años al cuidado de la madre, y los mayores de esa edad al cuidado del padre. El juez podrá, sin embargo, -

proceder de modo distinto en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges, ratificado a la presencia judicial.

4º: Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, y a los hijos que no queden en poder del padre.

5º: Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere o en la de los bienes de la sociedad conyugal.

Art. 42. Cuando se solicite la defensa por pobre, tanto por el actor como por el demandado, se suscitará este incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del plaito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

#### SECCION SEGUNDA

Del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa.

Art. 43. Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, con las modificaciones introducidas por esta ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente la conciliación.

Art. 44. Entre los documentos que deben acompañar a la demanda, figurarán los que justifiquen el domicilio conyugal o, en su caso, la residencia.

Art. 45. El Ministerio fiscal será parte en al juicio principal y en todas sus incidencias.

Art. 46. Las partes podrán comparecer por sí mismas o por medio de procurador y letrado, o por medio de letrado solamente. En todo caso la demanda se formulará por escrito.

Art. 47. Si se hubiere formulado reconvencción, el actor contestará dentro del plazo improrrogable de diez días. No se admitirá reconvencción que no estuviere fundada en alguna de las causas establecidas en el art. 3º.

Art. 48. La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria.

Los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos.

Art. 49. Cerrado el período de prueba, procederá el juez, dentro de los diez días siguientes, a hacer un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho.

Art. 50. Cumplido el trámite del artículo anterior, quedarán los autos de manifiesto por el término de cinco días, transcurrido el cual, se remitirán a la Audiencia provincial respectiva para la vista del pleito, previa instrucción de las partes y del ponente.

Art. 51. Las vistas de los pleitos e incidentes de la separación y del divorcio, gozarán de la excepción a que se refiere el segundo párrafo del art. 321 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 52. Los jueces y Tribunales podrán disponer de oficio o a instancia de parte que el despacho y la vista se haga a puerta cerrada, cuando así lo exija la moral y el decoro, la naturaleza de la causa de separación y de divorcio.

Art. 53. Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, por alguna de las causas siguientes:

1º: Incompetencia de jurisdicción.

2º: Violación de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.

3º: Injusticia notoria.

El recurso se interpondrá mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación. Transcurrido este plazo, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazando a las partes para que comparezcan en término de quince días. Recibidos los autos

y personado el recurrente, se mandarán traer a la vista, previa instrucción de las partes y del ponente, por término de cinco días a cada uno. Celebrada la vista, se dictará sentencia en plazo de diez días.

Art. 54. El juez de primera instancia podrá, en cualquier estado del pleito, adoptar provisionalmente las medidas de urgencia que considere indispensables respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus hijos, conforme a las disposiciones de esta ley.

Art. 55. Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por hechos de los señalados con los núms. 1, 2, 7 y 11 del art. 3º de esta ley, como causas de divorcio, el juez dará traslado al demandado, y si éste no reconviniere ni alegase excepción suficiente a desvirtuar la acción, o no compareciere, citará sin más para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio fiscal.

Art. 56. Obtenida una sentencia de separación y transcurrido el tiempo a que se refiere el art. 37 sin que hubiere mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el juez, probados estos extremos, citará sin más a las partes, para sentencia, ante la Audiencia correspondiente.

Art. 57. Los recursos de apelación que se establecen contra resoluciones de los jueces de primera instancia en esta materia, serán admisibles en un sólo efecto y se tramitarán ante la Audiencia provincial respectiva.

#### SECCION TERCERA

Del procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso.

Art. 58. En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el juez competente, en la forma prevenida en el art. 46.

Art. 59. Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados.

Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará mediante un interrogatorio escrupuloso la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse.

Art. 60. Ratificados los cónyuges, el juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 41 de esta ley. De todo ello se levantará acta que será firmada por el juez, por los cónyuges y por el actuario.

Art. 61. Si se hubiere pedido la separación se decretará desde luego después de la ratificación.

En caso de haberse solicitado el divorcio, el juez citará a las partes a nueva comparecencia, seis meses después, para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse.

Art. 62. Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia, seis meses más tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

Art. 63. La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias a que se refiere el artículo anterior, se interpretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado.

Art. 64. Las sentencias firmes de divorcio se comunicarán de oficio al Registro Civil en que conste la celebración del matrimonio y a aquel en que radiquen las inscripciones de nacimiento.



## Reglas Transitorias.

2º: Los cónyuges que al promulgarse esta ley estuvieren separados por sentencia firme a la que el Código civil reconozca efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio, conforme a lo dispuesto en el art. 37. Podrán pedir asimismo el divorcio por mutuo disenso, o alegando justa causa comprendida en el art. 3º, aunque sea la misma que hubiese motivado la separación.

3º: En los juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de esta ley, cualquiera que sea su estado, se dará traslado al actor para que en el término de diez días manifieste si opta por el divorcio vincular que en ella se regula. Si así fuere, deberá iniciarse nuevamente el procedimiento y sustanciarse conforme a las disposiciones de la sección segunda del capítulo V. Si el actor optare por la continuación del pleito, se sustanciará con sujeción a los trámites ordenados en esta ley. La sentencia en este caso será de separación y tendrá los efectos que previenen los arts. 36 y 37.

Queda a salvo el derecho de los cónyuges para obtener el divorcio por mutuo disenso.

4º: Cuando hubiere separación de los bienes de los cónyuges decretará conforme al capítulo VI, título III, libro IV, del Código civil, por causa de divorcio, si el marido hubiera conservado la administración de los bienes del matrimonio, la mujer podrá exigir que se liquiden y se la entreguen los bienes propios y los que la correspondan de la sociedad conyugal. En cuanto a ellos, se observará lo dispuesto en el art. 22. Entre los cónyuges regirá en este caso lo que se dispone en la sección cuarta del capítulo III de esta ley.

## Disposición final.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a las de la presente ley. Palacio de las Cortes, 19 de Enero de 1932, Rafael Salazar Alonso.- Jerónimo Gomariz.

**1310**

**APENDICE VI: LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932 (1).**

---

(1) Copiada del Repertorio Cronológico de Legislación 1932, Aranzadi, 290.

Las Cortes han decretado y sancionado la siguiente

L E Y

CAPITULO PRIMERO

Del divorcio. Sus causas

Artículo 1º. El divorcio decretado por sentencia firme por los Tribunales civiles, disuelve el matrimonio, cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración.

Art. 2º. Habrá lugar al divorcio cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone.

Art. 3º. Son causas de divorcio:

Primera: El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.

Segunda: La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.

Tercera: La tentativa del marido para prostituir a su mujer y conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y connivencia en su corrupción o prostitución.

Cuarta: El desamparo de la familia sin justificación.

Quinta: El abandono culpable del cónyuge durante un año.

Sexta: La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código civil.

Séptima: El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes a los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

Octava: La violación de algunos de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común.

Novena: La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes que hubiera sido ocultada culposamente al otro

cónyuge al tiempo de celebrarlo.

Décima: La enfermedad grave de la que pos presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultas al tiempo de celebrarlo.

Undécima: La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.

Duodécima: La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.

Decimotercera: La enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida la convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la asistencia del enfermo.

## CAPITULO SEGUNDO

### Ejercicio de la acción de divorcio

Art. 4º. Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad. No se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio.

Art. 5º. El divorcio mediante causa legítima solo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad.

Art. 6º. La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges. Sus herederos podrán continuar la demanda o reconvencción deducida por el causante a los efectos del art. 29.

Art. 7º. El cónyuge que esté sufriendo la pena de interdicción civil podrá pedir por sí mismo el divorcio, alegando justa causa imputable al otro cónyuge.

Art. 8º. No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses

desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda. Tampoco podrá ejercitarse transcurridos cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de prescripción se fija en diez años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquellos, que no prescribirán. Cuando se funde en alguna de las causas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 12 o 13, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva. Cuando se funde en la causa núm. 11, será necesario que hayan transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena.

Los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponde la acción de divorcio fuese requerido judicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique.

Art. 9º. La sentencia declarará culpable, cuando proceda, al cónyuge que hubiese dado causa al divorcio o a los dos, en su caso.

Art. 10. La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del juez que entienda en el litigio. Cuando la solicitud de divorcio estuviere fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo, sin justa causa, hasta después de transcurridos dos años.

### CAPITULO TERCERO

#### De los efectos del divorcio

#### SECCION PRIMERA

#### De los efectos del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges

Art. 11. Por la sentencia firme de divorcio los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fue firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del núm. 2º del artí-

culo 45 del Código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos un días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de algunas de las causas 5ª, 6ª, 11 y 12, o por mutuo disenso.

Art. 12. No podrá contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa 3ª del art. 3º.

Art. 13. Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias, podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo.

#### SECCION SEGUNDA

##### De los efectos del divorcio en cuanto a los hijos

Art. 14. La disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El juez fijará la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir al cumplimiento de aquéllas. Son aplicables a este supuesto las disposiciones del art. 33.

Art. 15. Los hijos conservan todos los derechos y ventajas que les estén asegurados por las leyes, por sus padres o por otras personas; pero no podrán ejercitarlos sino en los mismos casos en que podrían hacerlo de no haber mediado el divorcio.

Art. 16. Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas primera, segunda, novena, décima, undécima y duodécima, o por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del juez.

Art. 17. A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder de cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la convivencia de los hijos, decidirá en poder de cual de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.

Si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años.

Art. 18. El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos.

Art. 19. El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiera sido declarado culpable del divorcio, fundado en las causas 3ª o 4ª o en el atentado contra la vida de los hijos del matrimonio.

En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial.

Art. 20. Aquel de los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrá sobre ellos la patria potestad y, por consiguiente, su representación y el usufructo y administración de sus bienes.

El que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

Art. 21. El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto, no obstante, el juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda.

En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos.

Art. 22. El plazo de trescientos días, que establece el art. 108 del Código civil, empezará a contarse desde la fecha de la diligencia judicial de separación de los cónyuges.

SECCION TERCERA

De los bienes del matrimonio

Art. 23. La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes.

Art. 24. Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique.

Art. 25. La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decrete se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles y Derechos reales pertenecientes a la sociedad conyugal.

También se anotará la demanda y se inscribirá la sentencia, en los casos en que proceda, en el Registro Mercantil correspondiente.

Art. 26. Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí, volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiere ejecutado legalmente.

Antes de contraer el segundo matrimonio, harán constar los contrayentes por escritura pública los bienes que nuevamente aporten y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno.

En el caso de este artículo se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de divorcio.



Art. 27. El divorcio no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 28. El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste; y el inocente conserva todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiere prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad.

Art. 29. El cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la Sección séptima del capítulo II del Título III del Libro III del Código civil ni a las ventajas de los artículos 1.374 y 1.420 del mismo Código. Si al fallecer el causante estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito si los herederos utilizan la facultad que les concede el art. 6º.

#### SECCION CUARTA

##### De los alimentos

Art. 30. El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado.

Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso.

Art. 31. El derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato.

La obligación del que haya de prestarlos se trasmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas cuando sean herederos forzosos.

Art. 32. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos.

Art. 33. El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficientes a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir la hipoteca o fuesen insuficientes, el juez determinará, según las circunstancias, las garantías que haya de prestar.

Art. 34. El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud del convenio, judicialmente aprobado o de resolución judicial y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión.

Art. 35. En lo que no esté previsto en la presente ley, se aplicarán las disposiciones del Título VI, Libro I del Código civil.

#### CAPITULO CUARTO

##### De la separación de personas y bienes

Art. 36. Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

Primero. Por consentimiento mutuo.

Segundo. Por la mismas causas que el divorcio.

Tercero. Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diligencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

En este caso podrá pedir la separación cualquiera de los cónyuges.

Art. 37. El ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta ley.

Corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones.

Art. 38. La separación solo produce la suspensión de la vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley.

Art. 39. Se dictará sentencia de divorcio a petición de los dos cónyuges, transcurridos dos años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación, y a petición de cualquiera de ellos cuando hubieren transcurrido tres años.

Art. 40. Por los incapacitados, a tenor del art. 213 del Código civil, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia. Esta separación no podrá motivar la sentencia de divorcio a que se refiere el art. 39 sino transcurridos tres años y a petición del cónyuge capaz.

#### CAPITULO QUINTO

##### Del procedimiento de divorcio

#### SECCION PRIMERA

##### Disposiciones Generales

Art. 41. Será juez competente para instruir los procedimientos de separación y de divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o de la residencia del demandado. Los que no tuvieran domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Art. 42. El juez examinará de oficio su propia competencia.

Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo establecido en el artículo anterior.

Art. 43. Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, mientras se sustancie el juicio la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona y bienes, con la limitación de no poder enajenarlos ni gravarlos, a no ser mediante autorización judicial y previa la justificación de necesidad y utilidad.

El marido conservará, si la tuviere, la administración de los bienes de la sociedad conyugal; pero para enajenarlos y gravarlos será necesaria la conformidad de la esposa, y en su defecto la autorización judicial.

Art. 44. Una vez admitida la demanda de separación o de divorcio, el juez adoptará las disposiciones siguientes, que durarán hasta que termine el juicio por sentencia firme:

Primera. Separar los cónyuges en todo caso.

Segunda. Señalar el domicilio de la mujer.

Tercera. Poner los hijos menores de cinco años al cuidado de la madre y los mayores de esa edad al cuidado del padre. El juez podrá, sin embargo, proceder de modo distinto, bien al constituirse el depósito, bien con posterioridad, en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges ratificado a la presencia judicial.

El cónyuge que no tenga en su poder a los hijos tendrá derecho a visitarlos y comunicar con ellos en el tiempo, modo y forma que el juez determine.

Cuarta. Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, y a los hijos que no queden en poder del padre, siendo aplicables, en su caso, las sanciones establecidas en el art. 34.

El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, vendrá obligado a abonar "litis-expensas" a la mujer, salvo cuando ésta posea bienes propios suficientes y disponga de sus productos.

Quinta. Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere

o en la de los bienes de la sociedad conyugal.

Para la ejecución de las disposiciones a que este artículo se refiere, y para substanciar las cuestiones o incidencias que puedan promoverse como consecuencia de las mismas, se formarán las correspondientes piezas separadas, a fin de no entorpecer en ningún caso la prosecución del asunto principal.

Art. 45. Cuando se solicite la defensa por pobre, tanto por el actor como por el demandado, se substanciará este incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

#### SECCION SEGUNDA

Del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa

Art. 46. Las demandadas de separación y de divorcio se substanciarán por los trámites procesales que fija la ley de Enjuiciamiento civil en su Libro II, Título II, capítulo III, salvo las modificaciones que establezca esta ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente la conciliación. El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción, será de veinte días.

Art. 47. Entre los documentos que deben acompañar a la demanda figurarán los que justifiquen el domicilio conyugal o, en su caso, la residencia.

Art. 48. El Ministerio fiscal será parte en el juicio principal y en todas sus incidencias sólo cuando existan menores, ausentes o incapaces, sin perjuicio de lo establecido en el art. 165 del Código civil.

Art. 49. Las partes deberán comparecer asistidas de procurador que las represente y de abogado que las dirija. La demanda se redactará según las normas establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. Si se hubiere formulado reconvencción, el actor contestará

dentro del plazo improrrogable de diez días. No se admitirá reconvención que no estuviere fundada en alguna de las causas establecidas en el art. 3º.

Art. 51. La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria.

Los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos.

Art. 52. La resolución en que se reciba el pleito a prueba prevendrá a las partes que propongan toda la que les interese, en el término improrrogable de diez días.

El término para la práctica de las pruebas no podrá exceder de veinte días.

Art. 53. Cuando alguno de los litigantes proponga prueba en los dos últimos días del periodo, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, pruebas sobre los mismos extremos dentro de los dos siguientes a la notificación de la providencia en que aquella sea admitida.

Art. 54. Cerrado el periodo de prueba, procederá el juez, dentro de los diez días siguientes, a hacer un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de Derecho.

Art. 55. Cumplido el trámite del artículo anterior, se remitirán los autos de la Audiencia provincial con emplazamiento de las partes por término de diez días.

Recibidos los autos en la Audiencia y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se pondrán de manifiesto las actuaciones para instrucción, por término de cinco días improrrogables, a cada una de las personadas, y se pasarán por igual término, para instrucción el magistrado ponente.

Transcurrido este plazo, se dictará providencia declarando concluido el pleito, con citación de las partes para sentencia y se señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes.

El día anterior al señalado para la celebración de la vista, se entregará a cada uno de los magistrados que hayan de formar la Sala una copia del informe hecho por el juez, con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 56. Los jueces y Tribunales podrán disponer de oficio, o a instancia de parte, que el despacho y la vista se hagan a puerta cerrada, cuando así lo exijan la moral y el decoro, la naturaleza de las causas de separación o de divorcio.

Art. 57. Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo por alguna de las causas siguientes:

Primera. Incompetencia de jurisdicción.

Segunda. Violación de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.

Tercera. Injusticia notoria.

El recurso se interpondrá y formalizará mediante el escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días, contando desde el siguiente al de la notificación. Transcurrido este plazo, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazándose a las partes para que comparezcan en término de diez días. Este término será de quince días para los pleitos procedentes de las Islas Baleares y de veinte días para los de las islas Canarias. Recibidos los autos y personado el concurrente, se mandarán traer a la vista, previa instrucción de las partes y del ponente, por término de cinco días a cada uno, señalándose la vista dentro del mes siguiente. Celebrada ésta, se dictará sentencia en plazo de diez días.

Art. 58. El juez de primera instancia podrá, en cualquier estado del pleito, adoptar provisionalmente las medidas de urgencia que considere

indispensables respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus hijos, conforme a las disposiciones de esta ley.

Art. 59. Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su consorte condenado por hechos de los señalados con los núms. 1, 2, 7 y 11 del artículo 3º de esta ley, como causas de divorcio, el juez dará traslado al demandado, y si este no reconviniere ni alegase excepción suficiente a desvirtuar la acción, o no compareciere, citará sin mas para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio fiscal.

Art. 60. Obtenida una sentencia de separación y transcurrido el tiempo a que se refiere el art. 39 sin que hubiere mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el juez, probados estos extremos citará sin mas a las partes, para sentencia, ante la Audiencia correspondiente.

Art. 61. Los recursos de apelación que se establecen contra resoluciones de los jueces de primera instancia en esta materia, serán admisibles en un solo efectos y se tramitarán ante la Audiencia provincial respectiva.

Art. 62. Las costas del pleito serán a cargo del litigante vencido salvo los casos en que el Tribunal, por motivos fundados, dispusiere otra cosa en la sentencia.

#### SECCION TERCERA

Del procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso

Art. 63. En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el juez competente, en la forma prevenida en el art. 49.

Art. 64. Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados.

Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia



a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará mediante un interrogatorio escrupuloso la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse.

Art. 65. Ratificados los cónyuges, el juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 44 de esta ley. De todo ello se levantará acta que será firmada por el juez, por los cónyuges y por el actuario.

Art. 66. Si se hubiere pedido la separación, se decretará desde luego después de la ratificación.

En caso de haberse solicitado el divorcio, el juez citará a las partes a nueva comparecencia, seis meses después, para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse.

Art. 67. Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que informarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia, seis meses mas tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

Art. 68. La falta de asistencia sin justa causa o alguna de las comparecencias a que se refiere el artículo anterior, se interpretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado.

Art. 69. Las sentencias firmes de divorcio se comunicarán de oficio al Registro civil en que conste la celebración del matrimonio y a aquel en que radiquen las inscripciones de nacimiento.

## REGLAS TRANSITORIAS

Primera. Mientras no se modifiquen los aranceles, los derechos que devenguen los secretarios de los Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo, no podrá exceder de 200, 150 y 300 pesetas, respectivamente, estando en dichas cantidades incluidos los derechos de los oficiales de Sala.

Los derechos que devenguen los procuradores serán solo de 175 pesetas en el Juzgado, 125 pesetas en la Audiencia y 200 pesetas en el Tribunal Supremo.

Durante la substanciación del juicio en el Juzgado de primera instancia, se entenderá dividida la tramitación en los periodos iguales, desde la demanda al recibimiento a prueba y desde este momento hasta la remisión de los autos a la Audiencia.

Si durante la tramitación del asunto en la Audiencia o en los Tribunales Supremos se desistiere del asunto o se reconciliaren los cónyuges, se devengarán por los secretarios y por los procuradores los derechos que marquen sus respectivos aranceles, siempre que no excedan de los antes fijados que no podrán ser superados en ningún caso.

Los incidentes sólo darán derecho a percibir a los secretarios y procuradores la mitad de los que, por cada caso, marquen sus respectivos aranceles.

Segunda. Podrá ejercitarse la acción de divorcio o de separación aunque el hecho en que se funde conforme a esta ley se hubiere realizado antes de su promulgación.

Tercera. Los cónyuges que al promulgarse esta ley estuvieren separados temporalmente por sentencia firme, a la que el Código civil reconociera efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio, conforme a lo dispuesto en el art. 39. Podrán pedir asimismo el divorcio por mutuo disenso o alegando justa causa comprendida en el artículo 3º, aunque sea la misma que hubiese motivado la separación.

Cuarta. Las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en pleitos de divorcio, con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre esta materia de 4 de Noviembre de 1931, y que hayan obtenido en su día la oportuna validez civil, y no necesitarán de nuevos requisitos para su total eficacia, siempre que el fallo hubiere sido de divorcio perpetuo o indefinido.

Las dictadas con posterioridad a dicho decreto no producirán efectos civiles.

Los pleitos de divorcio fallados por el Tribunal eclesiástico con posterioridad a la fecha indicada y antes de la vigencia de la presente ley, para surtir efecto, deberán ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente, pudiendo estimarse por este las causas consignadas en la presente ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece.

Los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal eclesiástico cuando a su juicio hayan mediado las debidas garantías para los litigantes.

Las pruebas practicadas en los pleitos pendientes antes los Tribunales eclesiásticos en que estos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de la promulgación de la presente ley, podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que previene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales.

Quinta. En los juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de esta ley, cualquiera que sea su estado, se dará traslado al actor para que en el término de diez días manifieste si opta por el divorcio vincular que en ella se regula. Si así fuese, deberá iniciarse nuevamente el procedimiento y substanciarse conforme a las disposiciones de la sección segunda del capítulo V. Si el actor optare por la continuación del pleito, se substanciará con sujeción a los trámites ordenados en esta ley. La sentencia en este caso será de separación y tendrá los efectos que previenen los arts. 38 y 39.

Queda a salvo el derecho de los cónyuges para obtener el divorcio por mutuo disenso.

Sexta. Cuando hubiere separación de los bienes de los cónyuges decretada conforme al capítulo VI, título III, Libro IV, del Código civil, por causa de divorcio, si el marido hubiera conservado la administración de los bienes del matrimonio, la mujer podrá exigir que se liquiden y se la entreguen los bienes propios y los que la correspondan de la sociedad conyugal. En cuanto a ellos se observará lo dispuesto en el art. 24. Entre los cónyuges regirá en este caso lo que se dispone en la sección cuarta del capítulo III de esta ley.

Séptima. Los plazos de caducidad de la acción del artículo 8º de esta ley comenzarán a contarse desde la promulgación de la misma.

#### DISPOSICION FINAL

Quedan derogadas cuantas disposiciones y pactos se opongan a los de la presente ley.

Y nos honramos en comunicarlo a V.E. a los efectos prevenidos en el art. 83 de la vigente Constitución de la República española.

Palacio de las Cortes, 25 de Febrero de 1932.- El Presidente, Julian Besteiro.- El Secretario, Ramón María Aldasoro.- El Secretario, Cirilo del Río.

Visto lo decretado y sancionado por las Cortes, promúlguese la ley.- 2 de Marzo de 1932.- Niceto Alcalá-Zamora y Torres.

1329

APENDICE VII

DOCUMENTO COLECTIVO DE LOS METROPOLITANOS ESPAÑOLES A LOS FIELES SOBRE MATRIMONIO CIVIL Y CANONICO DE 25 DE JULIO DE 1932 (1)

---

(1) Transcrito del vol.: "Documentos colectivos del Episcopado español, 1870-1974", B.A.C., M.-1974, p. 181 a 189.

## METROPOLITANOS ESPAÑOLES A LOS FIELES

## SOBRE MATRIMONIO CIVIL Y CANONICO

Los representantes de las metrópolis salen al paso de las difíciles circunstancias creadas por el establecimiento del matrimonio civil y del divorcio con desprecio de la legislación canónica. (Texto en BEAT 1932, 229-236).

**SUMARIO:** I. 1. Cristo reiteró como indisoluble el matrimonio; 2. pero lo es también en cuanto contrato natural; 3. por ambas razones, la Iglesia sostiene igualmente la indisolubilidad en su magisterio, 4. y en el derecho canónico. 5. La encíclica Casti Connubii acaba de reiterar la misma doctrina.

II. Por ello, los metropolitanos, en nombre de todo el episcopado, establecen once normas sobre matrimonio canónico, como único válido; conducta que debe observarse ante el matrimonio civil; autoridad competente para las causas de separación y nulidad, procesos de divorcio; deberes de abogados, jueces y funcionarios católicos y actitud de los fieles; penas canónicas para los violadores de la Iglesia canónica.

III. Exaltación del ideal de matrimonio cristiano y deberes de los párrocos y encargados de curas de almas.

## I

1. Jesucristo, verdadero Dios y verdadero hombre, Señor, Redentor y Pastor de nuevas almas, ya en su predicación evangélica, repitiendo las palabras del Génesis, proclamó la santidad e indisolubilidad del matrimonio, elevado en la ley de gracia a la dignidad de sacramento. En el evangelio de San Mateo (19,6) dice: "Así, pues, ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre". Añadiendo luego: "Yo os digo que todo aquel que repudiare a su mujer, si no es por fornicación, y tomare otra, comete adulterio; y el que tomare la repudiada comete adulterio".

2. Y aún considerado el matrimonio bajo el solo aspecto de contrato de Derecho natural, se observa que difiere de todos los demás contratos,

no sólo por crear vínculos diversos de obligación, sino por lo que afecta a los mismos contrayentes, constituyéndolos, de personas independientes, al varón en cabeza y a la mujer en centro, con igual dignidad para ambos, de la sociedad doméstica, que es el fundamento y raíz de toda sociedad humana. Por ello la Iglesia, cuidadosa siempre y la única competente e interesada en lo que afecta a la salvación de las almas, no podía dejar de tener participación en materia tan necesaria para la sociedad temporal, que constituye la Iglesia militante; por esto, conforme con la institución de su divino fundador, ha legislado sobre los fieles y con autoridad propia en materia matrimonial, tanto en la parte que atañe a la fe como a las obligaciones del estado conyugal y los impedimentos que invalidan el matrimonio, imponiendo preceptos que conciernen a los actos y conducta del cristiano, sin cuya observancia, tanto como en el caso de falta de fe, nadie puede alcanzar la salvación eterna.

3. Y por tales motivos la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, constituida por Dios en depositaria de la fe y maestra de costumbres, ha proclamado unánimemente, conducida siempre por el pontífice romano, vicario de Cristo, la dignidad sacramental, la santidad e indisolubilidad del matrimonio, y la propia potestad en orden a él sobre todos los fieles bautizados. Y, en su virtud, el Concilio de Trento, examinando para la debida tutela de la fe la doctrina de los novadores de su tiempo, en la sesión XXIV, promulgada por la Santidad de Pío Papa IV, en su bula *Benedictus Deus* estatuyó los cánones siguientes: "1. Si alguno dijere que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Cristo Nuestro Señor, sino inventado en la Iglesia por los hombres; y que no confiere gracia; sea anatema. 2. Si alguno dijere que es lícito a los cristianos tener a un mismo tiempo muchas mujeres, y que esto no está prohibido por ninguna ley divina, sea anatema. 4. Si alguno dijere que la Iglesia no podía establecer impedimentos dirimentes del matrimonio, o que al establecerlos erró, sea anatema. 5. Si alguno dijere que se puede disolver el vínculo del matrimonio por la herejía, o cohabitación molesta, o ausencia afectada del consorte, sea anatema. 7. Si alguno dijere que la Iglesia yerra en haber enseñado y enseñar, según la doctrina del Evangelio de los apóstoles, que el vínculo del matrimonio no se puede disolver por el adulterio de uno de los consortes; y en enseñar que ninguno de los

dos, ni aun el inocente que no dió motivo al adulterio, puede contraer otro matrimonio viviendo el otro consorte, y que cae en fornicación en que se casare con otra, dejada la primera por adúltera, o la que dejando al adúltero se casare con otro, sea anatema. 8. Si alguno dijere que yerra la Iglesia al decretar que por muchas causas puede hacer la separación del tálamo o de la cohabitación entre los cónyuges por tiempo determinado o indeterminado, sea anatema. 12. Si alguno dijere que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos, sea anatema".

4. Esta doctrina queda confirmada por las proposiciones condenadas en el Syllabus de Pío IX, y en el Código de Derecho canónico, redactado por mandato de Pío X y promulgado por Benedicto XV, ambos de feliz y santa memoria, con valor dogmático y disciplinar obligatorio para todo fiel cristiano, se estatuyeron los cánones del título VII del Libro III, en los cuales, recopilando las mismas enseñanzas seculares de todos los tiempos, se regula el matrimonio cristiano. Entre dichos cánones es necesario que los fieles recuerden principalmente lo siguiente: "1012 S 1. Cristo nuestro Señor elevó el mismo contrato matrimonial entre bautizados a la dignidad de sacramento. S 2. Por tanto, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido sin que por ello mismo sea sacramento.- 1013 S 1. Fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole; secundario, la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia. S 2. Propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano adquieren peculiar firmeza por razón del sacramento.- 1016. El matrimonio de los bautizados se rige por el derecho no solo divino, sino también canónico, salva la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.- 1038 S 1. Solo a la suprema autoridad eclesiástica compete declarar cuando el derecho divino impide o dirime el matrimonio. S 2. La misma autoridad suprema tiene el derecho exclusivo de establecer para los bautizados impedimentos impeditentes o dirimentes del matrimonio por vía de la ley universal o particular.- 1094. Solo son válidos los matrimonios que se contraen delante del párroco, o del ordinario del lugar, o del sacerdote delegado por uno de ambos y de dos testigos según, empero las reglas expresadas en los cánones que siguen, y salvas las excepciones de que se habla en los cánones 1098 y 1099.- 1099 S 1. A observar la forma arriba establecida vienen obligados: 1. Todos los bautizados en la Iglesia



católica y los que a ella convertidos de la herejía y del cisma, aunque tanto aquellos como estos lo hayan luego abandonado, todas las veces que contraigan matrimonio. 2. Los mismos antedichos, si contraen matrimonio con personas acatólicas, bautizadas o no, aun después de haber obtenido dispensa del impedimento de religión mixta y de disparidad de culto. 3. Los orientales, si contraen con latinos obligados a esta forma. § 2. Mantenido lo prescrito en el párrafo 1 de este canon núm. 1 los acatólicos, bautizados o no, si contraen entre sí, en ningún lugar vienen obligados a observar la forma católica del matrimonio; como tampoco los nacidos de acatólicos, aun cuando bautizados en la Iglesia católica, si desde la edad infantil crecieron en la herejía, o cisma, o en la infidelidad, o sin religión alguna, siempre y cuando contraigan con parte católica.- 1110 del matrimonio válido nace entre los cónyuges un vínculo, por su naturaleza, perpetuo y exclusivo además el matrimonio cristiano confiere la gracia a los cónyuges que no le ponen óbice.- 1113. Los padres tienen gravísima obligación de cuidar de la educación, ora religiosa y moral, ora física y civil de la prole en la medida de sus fuerzas, y de procurar también por su bien temporal.- 1118. El matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte". Consiguientemente a estas disposiciones y siguiendo lo enseñado por los Concilios y Constituciones apostólicas anteriores, proclama en el título XX del Libro IV el primero de sus cánones, o sea el 1960, lo que sigue: "Las causas matrimoniales entre bautizados corresponden por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico".

5. Tal es la doctrina católica admirablemente expuesta y explanada por Su Santidad el Papa Pío XI en su reciente encíclica Casti Connubii, a la cual deben prestar adhesión completa todos los fieles. La Iglesia, empero, atenta siempre al mayor bien de sus fieles y no olvidando los efectos que causa el matrimonio en la vida civil, obedeciendo también a la misión de enseñar que le está conferida por su divino fundador, ha cuidado siempre de exponer claramente lo que según las circunstancias especiales de los países y tiempos está permitido a los católicos y de declarar lo que, por oponerse al sagrado depósito de la fe y de las costumbres, les está prohibido bajo pena de separación del gremio de la misma y riesgo de la eterna salvación, si en tal negación continuaren.

## II

Por ello, pues, los Metropolitanos y Obispos en representación de las provincias eclesiásticas y diócesis constituidas en la República española, para la debida salvaguarda de la fe y costumbres cristianas, que estatuímos y declaramos, de conformidad con las leyes canónicas arriba citadas lo que a continuación se expresa:

1. Sólo es legítimo y válido entre bautizados en la Iglesia católica, aunque el bautizado sea sólo uno de los contrayentes, el matrimonio canónico contraído jurídicamente y sin impedimento alguno ante el ordinario, párroco propio o sacerdote por los mismos delegado, y dos testigos, salvo lo prevenido en el código de derecho canónico para el caso de peligro inminente de muerte.

2. De conformidad con lo preceptuado en el canon 1063 S 3, del propio Código, no es ilícita la comparecencia ante el oficial del Estado para llenar las formalidades prescritas por la misma ley al sólo objeto de disfrutar de los efectos civiles del matrimonio. Y aún conviene que esto se practique, para mayor bien de los esposos y de la prole nacadera del matrimonio, con todo, tengan entendido los católicos que tal acto no les faculta para convivir o cohabitar matrimonialmente, aunque se denomine matrimonio civil o simplemente matrimonio, ya que para los mismos no es sacramento ni matrimonio válido, sino que constituye para ellos simple medio legal de disfrute de los efectos civiles del matrimonio en la sociedad civil.

3. Por tanto, cometería grave culpa moral el fiel cristiano que atentare al matrimonio civil con esperanza de disolverlo despues, merced a no reputarlo en el fuero eclesiástico contrato válido; pues con ello no sólo incurriría en simulación inmoral, sino que pecaría contra justicia en perjuicio de su comparte y de la prole.

4. No es lícita a ningún fiel cristiano bautizado en la religión católica la disolución del vínculo conyugal, el cual, por su misma naturaleza, consumado el matrimonio, es perpetuo e indisoluble.

5. Tampoco es lícita la separación perpetua o temporal de los cónyuges sin la autorización del Ordinario en los casos previstos por el

Derecho canónico. Tanto de estas causas como de las de la declaración de nulidad del matrimonio, como en la dispensa de nulidad de matrimonio rato y no consumado, deben entender los Tribunales eclesiásticos en la forma prevenida por el Derecho.

6. Aún quedando en todo su vigor y firmeza lo declarado en el número precedente, en atención a que, cuando existe causa canónica de separación, los católicos tienen derecho a los efectos civiles de ella dimanantes, seguridad de las personas, debida tutela de los intereses matrimoniales y educación, manutención y bien de la prole, la Iglesia no es contraria a tolerar que los fieles utilicen las leyes civiles para obtener dichos efectos, sin que ello pueda implicar en absoluto tibieza en la firme adhesión debida a la doctrina católica, ni mengua alguna en su deber de atenerse a la disciplina eclesiástica y de procurar, para bien de la religión y de la Patria, que sea abrogadas las leyes contrarias a la santidad del matrimonio y respetados a la Iglesia los derechos que por Ley divina le competen.

Por tanto, y al fin de evitar a los fieles el dispendio de tiempo y los mayores gastos que un doble proceso judicial en la forma ordinaria importaría, mientras la Santa Sede no dispusiere algo en contrario, se tolera que aquellos puedan introducir la causa de mera separación ante los Tribunales civiles, con tal que obtengan previamente la autorización o licencia de el Ordinario propio, quien, para concederla, deberá cerciorarse, mediante información sumaria, de que existe causa canónica para la separación.

Cuando la especial gravedad o índole del caso exigiere un trámite urgente para obtener la necesaria seguridad de las personas y de los bienes, deberán los fieles exponerlo reservadamente al ordinario, quien, atendida la gravísima y urgente necesidad, podrá otorgarles un plazo prudente para que se instruya la previa información sumaria de que se ha hecho mérito.

No obstante la tolerancia otorgada, será digna de grandes aprecio y alabanza la conducta de aquellos fieles que, bien percatados de la eficacia de la disciplina eclesiástica, aún para la mayor prosperidad de la sociedad civil y defensa del bien conyugal y familiar, den mas acendrada prueba de respeto y acatamiento a la autoridad de la Iglesia, simultaneando los procesos

o pleitos de mera separación ante los Tribunales eclesiásticos y civiles, todavía mejor, procurando, en cuanto fuere hacedero que la decisión eclesiástica sirva para su conciencia de guía segura en la prosecución del pleito civil. Por su parte, los Ordinarios pondrán su mayor interés en facilitar a los fieles este proceder ejemplar, asegurando que la tramitación de la curia sea lo más rápida posible y aceptando que las costas de los juicios ante la misma ventilados sean abonada solamente por aquellos que buenamente quieran o puedan satisfacerlas.

7. Las anteriores normas y orientaciones deberán observar, en el consejo que dieren en la dirección, cooperación y auxilio que prestaren, los abogados y procuradores de las partes, como quienes mas de cerca han de influir en que la substanciación de las causas matrimoniales ante los Tribunales civiles sea sin perjuicio de la indisolubilidad del vínculo y de la observancia de las leyes eclesiásticas y en que los fieles sientan debidamente que las obligaciones y cargos de su conciencia pertenecen a un fuero anterior y superior a la ley civil.

8. El fiel cristiano que en su calidad de funcionario público, deba aplicar las leyes civiles, podrá hacerlo con arreglo a las mismas, cuidando, empero, de salvaguardar su conciencia aplicando las normas de los probados autores de sana moral.

9. EN todo caso de separación, aunque el otro cónyuge atentare nuevo enlace civil, es deber del consorte cristiano cuidar, en la medida de sus fuerzas, de la cristiana educación y hasta del bien temporal de la prole, y de procurar con suave y cristiana caridad, con oración asidua y constante y con el buen ejemplo y dignidad de vida, la conversión del otro cónyuge, al que continua unido por vínculo matrimonial y por la dulce eficacia de la gracia, la que Dios nuestro Señor confiere constantemente mientras no se ponga óbice a la misma.

10. No teman los cónyuges cristianos separados de sus consortes el llevar una vida de absoluta continencia, por cuanto, como declara el Sagrado Concilio Tridentino, repitiendo conceptos del Antiguo y Nuevo Testamento, Dios Nuestro Señor, que permite en el hombre las contrariedades y tenta-

ciones, no niega semejante gracia cuando le es humilde y sinceramente pedida, siendo, además, la vida casta y pura en la respectiva situación en que el hombre se encuentra, la mejor garantía para la fecunda prosperidad del individuo y de la sociedad.

11. Tengan, por último, entendido todas y cualesquiera persona que de palabra, por escrito o por obra contradijeren los cánones de la Iglesia antes señalados, o sea los que los enseñaren o en cualquier forma sostuvieron no ser necesario para la unión conyugal de los fieles bautizados en la Iglesia católica el matrimonio canónico celebrado legítimamente de conformidad a sus leyes y prescripciones, o que el vínculo matrimonial es disoluble, o atentaren nuevo matrimonio viviendo el primer consorte, o pidieren la disolución total del vínculo, o a ello prestaren su cooperación y ministerio, salvo lo permitido en las declaraciones que preceden, que, además de incurrir en grave pecado, quedan en cierto modo separados del gremio de la Iglesia, en lo cual solo podrán ser recibidos mediante sincero arrepentimiento. En su virtud, todos los comprendidos en esta declaración no podrán participar en actos públicos eclesiásticos, ni formar parte de asociaciones y corporaciones canónicas, ni ser padrinos de bautismo y confirmación ni intervenir en actos religiosos, ni ser enterrados religiosamente, la Iglesia, Madre Piadosa, no niega en la última hora y, con tal que exista verdadero arrepentimiento, en ninguna ocasión de la vida, los sacramentos necesarios para la salvación; pero no podrán tener entierro católico, aunque en su última hora hubiesen recibido la absolución, aquellos bautizados que, pudiendo hacerlo, no hubiesen procedido en su conversión con publicidad suficiente para reparar el escándalo, asegurando un cambio de vida para lo sucesivo.

### III

Al formular estas declaraciones, como obligación ineludible que nos impone el ministerio que tenemos confiado en la Iglesia de Cristo, bajo la dirección suprema del pontífice romano, los metropolitanos y obispos representantes de las provincias eclesiásticas y diócesis de España hemos de rogar por el mismo Jesucristo, Dios y Señor nuestro, recordando los méritos en favor de todos los hombres, con su preciosa sangre contraidos a los fieles cristianos constituidos en el estado conyugal o que aspiran a él, que con

su vida ejemplar y digna en todos los ordenes de la existencia, incluso el civil, den verdadero testimonio de la fe que profesan y de su dignidad de cristianos, tanto en sus costumbres como en el régimen de la familia y educación de la prole, cual conviene a quienes miran esta vida temporal como preparación de la eterna. El matrimonio cristiano ha sido, en toda época, fuente primaria de una fecundada y robusta vida social; la justicia y caridad practicada en la propia familia, la mutua paciencia, inspirada no solo por conveniencias terrenales, sino por el ideal superior de la felicidad a Dios, la verdadera unidad e indisolubilidad de la vida conyugal, trascienden siempre a todas las esferas sociales y son elemento primordial y necesario para que, fortalecido el hombre con lo que practica en su propia familia, propugne en las demás esferas, realizándolos por su parte, el imperio de la paz, del trabajo, de la caridad y de la justicia. Exhortamos, finalmente a todos los párrocos y encargados de la cura de almas de nuestra respectiva jurisdicción, a que, sin discutir ni hacer objeto de controversias hechos ajenos a su ministerio, enseñen claramente a los fieles la doctrina de la Iglesia sobre el estado conyugal, tan luminosa y oportunamente expuesta en las grandes encíclicas *Arcanum Divinae*, de León XIII y *Casti Connubii*, del actual pontífice reinante ya que secundando sus deseos y siguiendo sus enseñanzas, procuren por todos los medios a su alcance que sea conocida y observada la Santidad del matrimonio cristiano.

Dadas en la fiesta de San Jaime, 25 de Julio de 1932.

APENDICE VIII

ACUERDO ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE SOBRE ASUNTOS JUIIDICOS  
DE 3 DE ENERO DE 1979, RATIFICADO POR INSTRUMENTO DE 4 DE DICIEMBRE DE 1979(1)

---

(1) Publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 15 de Diciembre de 1979, y transcrito del Repertorio Cronológico de Legislación de Aranzadi, 1979, núm. 2963.

## BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO

15 diciembre 1979 (número 300)

Acuerdo 3 Enero 1979, Ratificado, por Instrumento 4 diciembre (Jefatura del Estado). IGLESIA CATOLICA. Asuntos jurídicos.

N. de R. - Vease artículo VIII, que contiene las derogaciones.

Por cuanto el día 3 de Enero de 1979, el Plenipotenciario de España firmó en la Ciudad del Vaticano, juntamente con el Plenipotenciario de la Santa Sede, ambos nombrados en buena y debida forma al efecto, el Acuerdo entre Estado Español de la Santa Sede sobre asuntos jurídicos:

Vistos y examinados los 8 artículos, las dos disposiciones transitorias y el protocolo final que integran dicho acuerdo.

Aprobado su texto por las Cortes Generales, y por consiguiente autorizado para su ratificación.

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente y lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, en cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, mando expedir este instrumento de ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

ACUERDO ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE SOBRE ASUNTOS JURIDICOS

La Santa Sede y el Gobierno español, prosiguiendo la revisión del Concordato vigente entre las dos partes (R.1953, 1371, 1515, 1617 y N. Dicc. 6504), comenzada con el Acuerdo firmado el 28 de Julio de 1976 (R.1827 y 2024), cuyos Instrumentos de ratificación fueron intercambiados el 20 de Agosto del mismo año, concluyen el siguiente

## ACUERDO

Artículo I. 1) El Estado Español reconoce a la Iglesia Católica



el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las del culto, jurisdicción y magisterio.

2) La Iglesia puede organizarse libremente. En particular, puede crear, modificar o suprimir diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales, que gozarán de personalidad jurídica civil en cuanto la tengan canónica y esta sea notificada a los Organos competentes del Estado.

La Iglesia puede asimismo erigir, aprobar y suprimir Ordenes, Congregaciones religiosas, otros Institutos de vida consagrada y otras instituciones y entidades eclesiásticas.

Ninguna parte del territorio español dependerá del Obispo cuya sede se encuentre en territorio sometido a la soberanía de otro Estado y ninguna diócesis o circunscripción territorial española comprenderá zonas de territorio sujeto a soberanía extranjera.

El Principado de Andorra continuará perteneciendo a la diócesis de Urgel.

3) El Estado reconoce la personalidad jurídica civil de la Conferencia Episcopal Española, de conformidad con los Estatutos aprobados por la Santa Sede.

4) El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros instrumentos de vida consagrada y sus provincias y sus causas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo.

Las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas que, estando erigidas canónicamente en esta fecha, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro adquirirán la personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el correspondiente Registro del Estado, las cuales

se practicarán en virtud de documento auténtico en el que conste la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos. A los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar, y por tanto de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario.

Las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que, estando erigidas canónicamente en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro por la competente autoridad eclesiástica podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, mediante la inscripción en el correspondiente Registro en virtud de documento auténtico en el que consten la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos.

5) Los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las Leyes. No podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado. En caso de su expropiación forzosa, será antes oída la autoridad eclesiástica competente.

6) El Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los superiores mayores de las Ordenes y Congregaciones religiosas, a las parroquias y a otras instituciones y entidades eclesiásticas.

Artículo II. La Santa Sede podrá promulgar y publicar libremente cualquier disposición referente al gobierno de la Iglesia y comunicar sin impedimento con los Prelados, el clero y los fieles, así como ellos podrán hacerlo con la Santa Sede.

Los Ordinarios y las autoridades eclesiásticas gozarán de las mismas facultades respecto del clero y de sus fieles.

Artículo III. El Estado reconoce como días festivos todos los domingos. De común acuerdo se determinará qué otras festividades religiosas son reconocidas como días festivos.

Artículo IV. 1) El Estado reconoce y garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos.

2) El régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionados que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado. En todo caso, quedará salvaguardado el derecho a la libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos.

Artículo V. 1) La Iglesia puede llevar a cabo por sí misma actividades de carácter benéfico o asistencial.

Las instituciones o Entidades de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada.

2) La Iglesia y el Estado podrán, de común acuerdo, establecer las bases para una adecuada cooperación entre las actividades de beneficencia o de asistencia, realizadas por sus respectivas instituciones.

Artículo VI. 1) El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3) La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.

Artículo VII. La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en las interpretaciones o aplicaciones de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan.

Artículo VIII. Quedan derogados los artículos I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X (y el Acuerdo de 16 de Julio de 1946) (R. 1141 y N. Dicc. 6504 nota), XI, XII, XIII, XIV, XVII, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXXIII, XXXIV, XXXV y XXXVI del vigente concordato, (R. 1953, 1371, 1515, 1617 y N. Dicc. 6504) y el Protocolo final en relación con los artículos I, II, XXIII y XXV. Se respetarán, sin embargo, los derechos adquiridos por las personas afectadas por la derogación del artículo XXV y por el correspondiente Protocolo final.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1. Las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros instrumentos de vida consagrada, sus provincias y sus casas y las asociaciones y otras entidades o fundaciones religiosas que tienen reconocida por el Estado la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Estado en el más breve plazo posible. Transcurridos tres años desde la entrada en vigor en España del presente Acuerdo, sólo podrá justificarse su personalidad jurídica mediante certificación de tal registro, sin perjuicio de que pueda practicarse la inscripción en

cualquier tiempo.

2) Las causas que estén pendientes ante los Tribunales Eclesiásticos al entrar en vigor en España el presente Acuerdo seguirán tramitándose ante ellos y las sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953 (citado).

#### Protocolo final

En relación con el artículo VI, 1):

Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. Y en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, tramitará al encargado del Registro Civil que corresponda el acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que esta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas.

Corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas.

El presente Acuerdo, cuyos textos en lengua española e italiana hacen fe por igual, entrará en vigor en el momento del canje de los Instrumentos de ratificación.

Hecho en doble original.

Ciudad del Vaticano, 3 de enero de 1979.

El presente Acuerdo entró en vigor el día 4 de diciembre de 1979, fecha del canje de los respectivos Instrumentos de ratificación, según lo previsto en dicho Acuerdo.

LXXIII

**1346**

APENDICE IX

INSTRUCCION COLECTIVA DEL EPISCOPADO ESPAÑOL SOBRE EL DIVORCIO CIVIL DE  
23 DE NOVIEMBRE DE 1979 (1)

---

(1) Recogida del periodico "YA", del día 25 de Noviembre de 1979, p. 19.

INSTRUCCION COLECTIVA DEL EPISCOPADO ESPAÑOL SOBRE EL DIVORCIO CIVIL DE  
23 DE NOVIEMBRE DE 1979

1. En el programa legislativo del Gobierno se anuncian importantes modificaciones del derecho de la familia que pueden afectar seriamente a su estabilidad, con la introducción del divorcio civil. Este hecho cae de lleno dentro del orden moral, compromete la conciencia de los Cristianos y exige de los pastores una palabra clarificadora. La decimos hoy con la mejor voluntad, dirigida, ante todo, a cuantos se sienten miembros de la Iglesia, pero ofrecida también con respecto a los demás ciudadanos, por lo que pueda interesarles, o ayudarles la doctrina católica sobre el matrimonio.

INDISOLUBILIDAD  
DEL MATRIMONIO

2. La indisolubilidad del matrimonio no es otra cosa que la expresión normativa de la exigencia de fidelidad que brota del auténtico amor conyugal, de la alianza personal de los esposos, del bien de los hijos y de la dimensión social de la institución matrimonial, que rebasa los intereses privados de los cónyuges. Por ello, el vínculo conyugal del matrimonio queda sustraído a la voluntad privada de los cónyuges y es intrínsecamente indisoluble.

Las leyes que establecen y regulan la indisolubilidad no son una mera imposición de la sociedad, ni brotan exclusivamente de un precepto religioso sobrañadido, sino de la entraña de la misma realidad conyugal. De ahí que las normas jurídicas deberán reconocer, garantizar y fomentar esta estabilidad del matrimonio para estar de acuerdo con las exigencias de orden moral.

3. El matrimonio no pertenece sólo al orden de la creación, sino que ha sido incorporado por Dios al orden mismo de la salvación en Cristo. Por eso, la unión matrimonial "es el Señor" reviste para el creyente una significación y un valor especial, y su estabilidad e indisolubilidad adquieren una particular firmeza. El matrimonio de los cristianos es, por

voluntad de Cristo, el Sacramento que actualiza y manifiesta en los esposos la unión inefable, el amor fidelísimo y la entrega irrevocable de Jesucristo a su esposa la Iglesia (cf. Efes. 5,22 ss.)

Esta doctrina sobre el matrimonio y en especial sobre su estabilidad, que acabamos de recordar, es apreciada en toda su significación y peculiaridad desde la fe.

#### EL DIVORCIO CIVIL

4. En orden al problema de una eventual legalización del divorcio proponemos los siguientes criterios fundamentales:

a) La estabilidad inherente al vínculo matrimonial es un valor sumamente importante para la vida afectiva de los esposos, para el bien de los hijos, para la firmeza de la familia, y, al mismo tiempo, un elemento integrante fundamental del bien común de la sociedad. El divorcio pone en peligro estos bienes: es de suyo un mal para la sociedad.

b) No podemos admitir que la regulación civil del divorcio sea un derecho de la persona humana. No se trata de reconocer un derecho, sino, a lo más, de ofrecer un supuesto remedio a un mal social. Nadie debería dudar de que la reputación de los matrimonios es un grave mal social. Y aquí se encuentra el primer gran equívoco de cualquier ley divorcista: induce a pensar que el matrimonio es indisoluble y supone la introducción legalizada de una permisividad que socava las bases más firmes de la sociedad y de la familia. Este peligro difícilmente se podrá evitar, sean los que sean los términos en que se mueva una ley de divorcio.

c) La experiencia enseña que este tipo de legislación es prácticamente irreversible y mueve a los propios legisladores a deslizarse por el plano inclinado de la progresiva multiplicación de las causas que declaran legalmente el compromiso matrimonial. Y así resulta verdad que "divorcio engendra divorcio", ya que prácticamente sirve de incitación a matrimonios sin problemas insolubles, pero víctimas del medio ambiente. Por eso, cabe preguntarse sinceramente si su admisión como posibilidad legal, en determina-



dos casos, constituye realmente un remedio al mal que se intenta atajar o es mas bien una puerta abierta a la generalización del mal.

d) Consideramos que es absolutamente inaceptable el llamado divorcio consensual. Una ley que introdujese el divorcio de tal manera que la pervivencia del vínculo quedase a disposición de los cónyuges sería rechazable moralmente y no podría ser aceptada por ningún católico, ni gobernante ni gobernado. Al pretender privatizar así el vínculo matrimonial, el Estado no cumpliría uno de sus deberes fundamentales de cara a un elemento esencialmente constitutivo del bien común: la protección de aquel mínimo de estabilidad y unidad matrimonial sin el cual no se puede hablar de institución matrimonial.

e) Las peculiares circunstancias históricas que determinan lo que ha sido y es en muchos casos la familia española, que se conforma según modelos jurídicos, culturales y éticos inspirados en la fe cristiana, ponen un acento de mayor gravedad a la hora de afirmar la responsabilidad de los católicos ante la posible introducción en España de un divorcio civil. No hace falta subrayar cuán gravemente negativos serían los efectos que se derivarían, a corto y a largo plazo, para la salud moral y religiosa de nuestras familias, nuestra sociedad y nuestro pueblo.

#### ACTITUD DE LOS LEGISLADORES

5. Se debe aspirar a que la legislación sobre el matrimonio y la familia coincida con las exigencias del orden moral. No ignoramos que en la sociedad actual no todos los ciudadanos entienden el matrimonio desde nuestra perspectiva cristiana. Respetamos la justa autonomía de la autoridad civil, a la que corresponde legislar atendiendo a las exigencias del bien común, compuesto por diversos elementos. En orden a este bien común, la prudencia política del legislador, dentro de un marco legal que tutele y promueva los bienes de la comunidad familiar, al ponderar las consecuencias negativas que pudiera seguirse de una absoluta prohibición del divorcio civil, tenga también en cuenta los graves daños morales arriba enumerados, que se derivarían de su introducción en nuestra legislación.

6. La Iglesia, al iluminar la conciencia de los católicos sobre

la repercusión inevitable y negativa de una ley de divorcio en el orden ético y religioso, pide a cuantos puedan influir en la modificación de nuestro derecho de familia, especialmente a los legisladores, que mediten muy seriamente sus determinaciones.

En todo caso, sepan los católicos que el hipotético divorcio civil no disolvería su vínculo matrimonial y que la doctrina de la Iglesia permanece inmutable. Sean conscientes de que aquí se les ofrece una ocasión de demostrar la fidelidad a Jesucristo -generosa siempre y a veces muy sacrificada-, así como de dar un testimonio ejemplar a todos nuestros hermanos y una contribución importante al bien común de la sociedad.

7. En esta hora tan decisiva para el futuro de la institución matrimonial en nuestro país, exhortamos a las autoridades civiles a que emprendan una audaz, valiente y acertada política en orden a una protección eficaz de la familia, cédula primaria de la sociedad. Pedimos al Señor ilumine las mentes de nuestros gobernantes y legisladores.

**1351**

**APENDICE X**

**DECLARACION DE LA COMISION PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA  
DE 3 DE FEBRERO DE 1981 (1)**

---

(1) Recogida del periódico "EL PAIS", del día 5 de Febrero de 1981.

DECLARACION DE LA COMISION PERMANENTE DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA  
DE 3 DE FEBRERO DE 1981

1. El futuro del pueblo español se está configurando con nuevas leyes, cuya trascendencia hace especialmente importante al actual periodo legislativo. Entre ellas, merece la máxima atención el proyecto de reforma de la regulación del matrimonio en el Código Civil, la llamada ley de Divorcio. En efecto, el bien de la sociedad y el progreso verdaderamente humano de los pueblos dependen en gran parte de la estabilidad y de la salud moral de la familia.

Nos ocuparemos del proyecto de ley tal como ha sido dictaminado por la Comisión de Justicia del Congreso: es esa la formalización que suscitan en la conciencia cristiana no pocos interrogantes y reservas, considerada desde la fe y aun desde un punto de vista meramente ético.

Los obispos de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española somos bien conscientes del respeto que se debe a la competencia propia de los legisladores; pero, al hacer pública nuestra opinión sobre el citado proyecto de ley ejercemos nuestro derecho de ciudadanos y, sobre todo, cumplimos nuestro deber de pastores del pueblo de Dios, que nos obliga a iluminar con la luz del Evangelio como otras veces hemos hecho (2), aquellas cuestiones morales que afectan a la vida del hombre, en asuntos de índole individual o social, "incluso sobre materias referentes al orden público", siempre que entren en juego "los derechos fundamentales de la persona o la salvación de las almas" (C. Vaticano II, G.S. 76).

Este es el caso presente. El matrimonio y la familia son instituciones naturales anteriores al Estado, básicamente en el ámbito moral y social, y para el cristiano, realidades que pertenecen a lo más entrañable del ser y de la vida de la Iglesia. Y pensamos que si el proyecto de ley al que nos referimos llegara a promulgarse tal como está formulado, quedaría seriamente comprometido el futuro de la familia en España y gravemente dañado el bien común de nuestra sociedad.

CRITERIOS MORALES SOBRE EL DIVORCIO

2. No vamos a repetir aquí cuanto dijimos en la Instrucción

colectiva sobre divorcio civil, publicada por la Conferencia Episcopal Española de 23 de noviembre de 1979, que ratificamos y resumimos en sus puntos esenciales.

Manifestábamos entonces que el divorcio no es, en principio, un derecho de la persona. La regulación civil del divorcio es, a lo más, "un supuesto remedio a un mal social". Pero tal pretendido remedio implica a su vez una grave amenaza contra la estabilidad del vínculo matrimonial, "valor sumamente importante para la vida afectiva de los esposos, para el bien de los hijos, para la firmeza de la familia y al mismo tiempo, un elemento integrante fundamental del bien común de la sociedad". De ordinario, una ley de divorcio "induce a pensar que el matrimonio es disoluble y supone la introducción legalizada de una permisividad que socava las bases más firmes de la sociedad y de la familia"; es un "tipo de legislación prácticamente irreversible", que tiende progresivamente a "la multiplicación de causas que declaran legalmente roto el compromiso matrimonial". El divorcio, al conceder la posibilidad legal de contraer nuevo matrimonio civil, puede incitar a matrimonios sin problemas insolubles, pero en crisis transitoria, a acudir a este recurso legal. El divorcio, más que "un remedio al mal que se intenta ajustar", se transforma en "una puerta abierta a la generación del mal".

A este juicio añadíamos sin embargo: "No ignoramos que en la sociedad actual no todos los ciudadanos entienden el matrimonio desde nuestra perspectiva cristiana. Respetamos la justa autonomía de la autoridad civil a la que corresponde legislar atendiendo a las exigencias del bien común compuesto por diversos elementos (3) En orden a este bien común, la prudencia política del legislador, dentro de un marco legal que tutele y promueva los bienes de la comunidad familiar, al ponderar las consecuencias negativas que pudieran seguirse de una absoluta prohibición del divorcio civil, tenga también en cuenta los graves daños morales arriba enumerados, que se derivarían de su introducción en nuestra legislación".

#### EL DIVORCIO CONSENSUAL

3. En todo caso, cualquiera que fuere la decisión que los legisladores estimen necesaria para el bien de la sociedad, tienen el deber de

asegurar los elementos fundamentales del bien común y, entre ellos, de la familia y del matrimonio.

Todo matrimonio es, por derecho natural, intrínsecamente indisoluble, es decir, no puede ser disuelto por el mutuo y privado acuerdo de los cónyuges. Cuando varón y mujer contraen matrimonio acceden a una institución de la que brota para ellos un vínculo de carácter permanente. El matrimonio así contraído rebasa los intereses privados de los cónyuges y, aunque ellos fueron libres para contraerlo, no lo son para romper el vínculo que nació del mutuo consentimiento. Esta indisolubilidad del matrimonio es la expresión de las exigencias de fidelidad que brotan del auténtico amor conyugal, de la alianza personas de los esposos, del bien de los hijos, de la dimensión de la institución matrimonial, que trasciende así los intereses privados de los cónyuges e incluso limita el poder del Estado. La indisolubilidad del matrimonio no es una imposición de la sociedad ni brota exclusivamente de un precepto religioso sobreañadido sino de la esencia misma de la realidad conyugal. "De ahí", decíamos "que las normas jurídicas deberán reconocer, garantizar y fomentar esta estabilidad del matrimonio, para esta de acuerdo con las exigencias del orden moral".

Y añadimos: "Consideramos que es absolutamente inaceptable el llamado divorcio consensual. Una ley que introdujere el divorcio de tal manera que la pervivencia del vínculo quedase a disposición de los cónyuges sería rechazable moralmente y no podría ser aceptada por ningún católico ni gobernante ni gobernado. Al pretender privatizar así el vínculo matrimonial el Estado no cumpliría uno de los deberes fundamentales de cara a un elemento esencialmente consecutivo del bien común: la protección de aquel mínimo de estabilidad y unidad matrimonial sin el cual no se puede hablar de institución matrimonial".

#### EL ACTUAL PROYECTO SOBRE EL DIVORCIO

4. El proyecto de ley cuya redacción actual motiva nuestra reflexión admite en el fondo, a través de complejas formalidades legales, un divorcio que equivale al divorcio consensual, es decir, deja prácticamente la pervivencia del vínculo matrimonial a la simple disposición de los cónyuges. Es más, cualquiera de ellos, por decisión unilateral, puede crear sin demasiada dificultad las condiciones legales para obtener el divorcio y

acceder a un nuevo matrimonio. Sin afirmarlo, viene a hacerse posible que una parte pueda repudiar a la otra y hasta que pueda solicitar el divorcio precisamente el cónyuge culpable de la ruptura.

De este modo, el tipo de matrimonio que ofrece este proyecto de ley tiene menos estabilidad que otros contratos sobre aspectos de menor trascendencia para las personas y para la sociedad enérgicamente protegidos por las leyes, mientras que queda extremadamente frágil la unión matrimonial, sin suficiente protección jurídica y judicial el cónyuge más débil y los mismos hijos. En los aspectos a que nos hemos referido, este proyecto de ley es, pues, rechazable desde el punto de vista moral (4).

5. Al formular este juicio apelando a valores morales objetivos, lo hacemos en una sociedad democrática y refiriéndonos a un Estado no confesional, pero en todo caso servidor del bien común. La autonomía del legislador ha de entenderse siempre como respeto a los derechos y deberes de la persona humana. Es cierto que el orden jurídico no debe confundirse con el orden moral. Sin embargo, un poder político indiferente a los valores morales carece de razones para oponerse a la injusticia y a la anarquía perturbadoras del bien de la comunidad política o para hacer respetar los derechos humanos en la convivencia social.

#### LIBERTAD DEL MATRIMONIO CANONICO

6. Sorprenden también negativamente las graves limitaciones a las que se somete el reconocimiento civil del matrimonio canónico en el mencionado proyecto de ley.

Los ciudadanos que quieran contraer matrimonio católico y vivir en conformidad con las normas de la Iglesia que lo rigen -hoy por hoy la inmensa mayoría de los españoles- se encontrarán con dificultades administrativas y procesuales mayores que los que acceden al matrimonio civil. Muchas parejas de las que contraen matrimonio canónico o sacramental esperan que su libre opción no se reduzca ante la ley civil únicamente al rito de la boda o celebración litúrgica: su matrimonio tiene consistencia jurídica y valores propios, como aparece en los acuerdos del Estado español con la Santa Sede. En el referido proyecto de ley estos acuerdos no quedan suficiente

mente reconocidos (5).

#### MATRIMONIO SACRAMENTAL, INDISOLUBLE ANTE DIOS Y ANTE LA IGLESIA

7. Conviene recordar, por último, que el divorcio civil en ningún caso puede disolver delante de Dios el vínculo matrimonial de quienes se casan por la Iglesia. Ante Dios y ante la Iglesia este vínculo matrimonial seguirá subsistiendo. Por ello conserva para nosotros plena actualidad la enseñanza de Pablo VI en su discurso navideño de 1970 al Sacro Colegio de Cardenales: "La Iglesia, en efecto, no puede dejar de proclamar el altísimo principio que, inscrito ya en el derecho natural, ha sido confirmado y reforzado para los cristianos por la ley del Evangelio, donde Cristo advierte que el hombre no puede atreverse a separar lo que Dios mismo ha unido. Ni puede la Iglesia dejar de recordar que la observancia de una ley tan solemne es, para el hombre y en particular para el cristiano, no sólo un deber, sino una garantía de bien: el bien que dimana, precisamente, de la tutela que la indisolubilidad del vínculo garantiza a la estabilidad a la seguridad, a la serenidad de la familia, célula natural de la sociedad humana, y especialmente de los hijos" (Pablo VI: Enseñanzas al Pueblo de Dios, Librería Editrice Vaticana-B.A.C. p. 456; Cfr. Ecclesia 2 de enero de 1971, pág. 7).

#### LLAMADA A LA RESPONSABILIDAD

8. Ofrecemos estos puntos de reflexión como hicimos en nuestra pasada intervención, pidiendo "a cuantos puedan infringir en la modificación de nuestro derecho de familia, especialmente a los legisladores que mediten muy sinceramente sus determinaciones". Estimamos que la oscilación extremosa de las leyes no ayuda a la convivencia respetuosa de los ciudadanos ni asegura un futuro de paz y de verdadero progreso para las familias y para la sociedad.

En estos momentos de tan decisiva importancia para el porvenir de la institución matrimonial en nuestro país suplicamos al Señor que conceda a todos los discernimientos y la fortaleza necesarios para que las decisiones legislativas sean en verdad un servicio positivo a la familia y al bien común. Madrid, 3 de febrero de 1981.

(1) Proyecto de ley: Modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de



nulidad separación y divorcio. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 30 de diciembre de 1980. Número 123-II.

(2) Entre los documentos de la Conferencia Episcopal sobre problemas concretos de moral social y política podemos citar: "Algunos principios cristianos relativos al sindicalismo" (3-VIII-1968); "Sobre la Iglesia y la comunidad política" (23-I-1973); "Los valores religiosos y morales de la Constitución" (26-XI-1977).

(3) El bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social en las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección (C. Vaticano II, G.S. 74, Cfr. Juan XXIII, Mater et Magistra AAS 53 (1961) 417).

(4) Cfr. Proyecto de ley, artículos 81, 1º; 82, 5º; 86 bis; 87. Tampoco el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados evitaba la posibilidad del divorcio por mera decisión y consenso de los cónyuges, ni respetaba de modo suficiente las exigencias de libertad del matrimonio canónico (Cfr. art. 81, 2º con artículo 86,2º, ect.). Pero hay que admitir que el proyecto dictaminado por la Comisión empeora decisivamente, desde el punto de vista de la valoración moral, el proyecto de ley del Gobierno.

(5) Cfr. proyecto de ley, artículos 60, 63; 49,2º; disposición adicional segunda número 2.

APENDICE XI

"LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA REGULACION DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL Y SE DETERMINA EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LAS CAUSAS DE NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO" (1)

---

Publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 20 de Julio de 1981, del que se transcribe.

## I DISPOSICIONES GENERALES

## JEFATURA DEL ESTADO

LEY 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

DON JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

Artículo primero

El título IV del libro primero del Código Civil quedará redactado de la siguiente forma:

## TITULO IV

## Del matrimonio

## CAPITULO PRIMERO

## De la promesa de matrimonio

Artículo 42. La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.

No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Artículo 43. El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

## CAPITULO II

## De los requisitos del matrimonio

Artículo 44. El Hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código.

Artículo 45. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

Artículo 46. No pueden contraer matrimonio:

1. Los menores de edad no emancipados.
2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Artículo 47. Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
3. Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Artículo 48. El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, como justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los 14 años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores.

La dispensa ulterior convalida, desde su celebración el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

## CAPITULO III

## De la forma de celebración del matrimonio

## SECCION I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 49. Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro

o fuera de España:

1. Ante el Juez o funcionario señalado por este código.
2. En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

Artículo 50. Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

#### SECCION II. DE LA CELEBRACION ANTE EL JUEZ O FUNCIONARIO QUE HAGA SUS VECES.

Artículo 51. Será competente para autorizar el matrimonio:

1. El Juez encargado del Registro Civil.
2. En los municipios en que no resida dicho Juez, el Alcalde o el delegado designado reglamentariamente.
3. El funcionario diplomático o consular encargado del registro civil en el extranjero.

Artículo 52. Podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

1. El Juez encargado del Registro civil o el delegado, aunque los contrayentes no residan en su circunscripción y, en defecto de ambos, el alcalde.
2. En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña el oficial o jefe superior inmediato.
3. Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el capitán o el comandante de la misma.

Este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero si la presencia, en su celebración de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada.

Artículo 53. La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del juez o funcionario

que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquellos ejercieran sus funciones públicamente.

Art. 54. Cuando concorra causa grave suficientemente probada, el Ministro de Justicia podrá autorizar el matrimonio secreto. En este caso, el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas.

Artículo 55. Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del juez o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente.

En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.

El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia de apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al juez o funcionario autorizante.

Artículo 56. Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reunan los requisitos de capacidad establecidos en este código.

Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencia o anomalías psíquicas, se exigirá dictámen médico sobre su actitud para prestar el consentimiento.

Artículo 57. El matrimonio deberá celebrarse ante el juez o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad.

La prestación del consentimiento podrá también realizarse por

delegación del juez o funcionario encargado del Registro Civil competente, bien a petición de los contrayentes o bien de un oficio ante un juez o encargado de otro Registro Civil.

Artículo 58. El Juez o funcionario después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente.

#### SECCION III. DE LA CELEBRACION EN FORMA RELIGIOSA

Artículo 59. El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Artículo 60. El matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente.

#### CAPITULO IV

##### De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil

Artículo 61. El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración.

Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Artículo 62. El Juez o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado la inscripción

o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos.

Asimismo, practicada la inscripción o extendida el acta, el juez o funcionario entregará a cada uno de los contrayentes documento acreditativo de la celebración del matrimonio.

Artículo 63. La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título.

Artículo 64. Para el reconocimiento del matrimonio secreto hasta su inscripción en el libro especial del Registro Civil Central, pero no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde su publicación en el Registro Civil Ordinario.

Artículo 65. Salvo lo dispuesto en el artículo 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro antes de practicar la inscripción deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración.

#### CAPITULO V

##### De los derechos y deberes de los Cónyuges

Artículo 66. El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes.

Artículo 67. El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.



Artículo 68. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Artículo 69. Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.

Artículo 70. Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.

Artículo 71. Ninguno de los cónyuges pueden atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida.

Artículo 72. Suprimido.

#### CAPITULO VI

##### De la nulidad del matrimonio

Artículo 73. Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1º. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2º. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.

3º. El que se contraiga sin la intervención del Juez o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos de otro contrayente o en aquellas cualidades personales que por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

4º. El contraído por coacción o miedo grave.

Artículo 74. La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Artículo 75. Si la causa de nulidad fuera la falta de edad,

mientras el contrayente sea menor solo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio fiscal.

Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzarla aquella.

Artículo 76. En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.

Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Artículo 77. Suprimido.

Artículo 78. El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo 73.

Artículo 79. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume.

Artículo 80. Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrá eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la ley de Enjuiciamiento civil.

#### CAPITULO VII

##### De la separación

Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este código.

2º. A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

Artículo 82. Son causas de separación:

1º. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existen previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2º. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar conyugal.

3º. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4º. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y este no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7º. Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86.

Artículo 83. La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Artículo 84. La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

#### CAPITULO VIII

##### De la disolución del matrimonio

Artículo 85. El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artículo 86. Son causas de divorcio:

1º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiere interpuesto una vez transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

2º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiera formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3º. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la decla-

ración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4ª. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5ª. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Quando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este código.

Artículo 87. El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará en el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Artículo 88. La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Artículo 89. La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

## CAPITULO IX

## De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio

Artículo 90. El convenio regulado a que se refieren los artículos 81 y 86 de este código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

a) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

b) La atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar.

c) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

d) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

e) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Artículo 91. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar,

las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Artículo 92. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa de ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recavar el dictamen de especialistas.

Artículo 93. El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Artículo 94. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliere grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Artículo 95. La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio la disolución del régimen económico matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

Artículo 96. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan.

Cuando algunos de los hijos quedan en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el mas necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes, o, en su caso, autorización judicial.

Artículo 97. El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1ª. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- 2ª. La edad y estado de salud.
- 3ª. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4ª. La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5ª. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del cónyuge.
- 6ª. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7ª. La pérdida eventual de un derecho de pensión.



8°. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución final se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Artículo 98. El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

Artículo 99. En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Artículo 100. Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges.

Artículo 101. El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

#### CAPITULO X

##### De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio

Artículo 102. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1°. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

Artículo 103. Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1º. Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

2º. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cual de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3º. Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4°. Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deben observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5°. Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

Artículo 104. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán, si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente.

Artículo 105. No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 106. Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.

La renovación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.

#### CAPITULO XI

Normas de Derecho internacional privado.

Artículo 107. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la

demanda: a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### Artículo Segundo.

Los artículos del Código Civil que a continuación se indican quedan modificados en la forma que se expresa.

Artículo 176. Suprimido.

Artículo 195. Queda suprimido el párrafo último.

Artículo 855. La causa primera queda redactada así:

"1ª. Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales".

Artículo 919. Queda redactado así: "El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias".

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de Divorcio de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente.

Segunda.- Los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que le reconocen los capítulos VI, VII y VIII del título IV del Libro I del Código Civil.

Serán computables, los períodos de tiempo transcurridos a efectos de demandar la separación o el divorcio conforme a lo establecido en el mismo.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes normas procesales:

Primera.- Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio en los casos siguientes:

Primero. Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española.

Segundo. Cuando sean residentes en España.

Tercero. Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado.

Cuarto. Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España.

Segunda.- Uno. Corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase del último domicilio del matrimonio, o del lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante.

Dos. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre las causas de nulidad y disolución.

Tres. Contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.

Tercera.- Será Juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de primera instancia del lugar del

domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será Juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia a elección del demandante.

Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en esta norma.

Cuarta.- Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos setenta y ciento cuatro del Código Civil se dictarán previos los trámites establecidos en los artículos mil ochocientos ochenta y cuatro, mil ochocientos ochenta y cinco y concordantes de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinta.- La demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en la disposición adicional sexta, las de nulidad por las causas comprendidas en los apartados dos y tres del artículo setenta y tres y las que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil y no tengan señalado un procedimiento especial, se sustanciarán por los trámites de los incidentes con las siguientes modificaciones:

a) No será necesario intentar previamente la conciliación.

b) Cuando se solicite beneficio de justicia gratuita, por el actor o por el demandado se sustanciará el incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente si exacción de derechos.

c) El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvenición será de veinte días.

d) Si se hubiera formulado reconvenición, el actor contestará dentro del plazo de diez días.

e) no se admitirá reconvenición que no estuviera fundada en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación, al divorcio o a la nulidad por causa prevista en los apartados dos y tres del artículo setenta y tres del Código Civil.

f) El periodo de proposición y práctica de la prueba será de treinta días comunes a las partes.

g) Cuando alguno de los litigantes proponga prueba en los dos últimos días del periodo, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos, dentro de los dos días siguientes a la notificación de la providencia en que aquella sea admitida. En este caso; la práctica de la prueba propuesta tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes.

h) No regirán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el artículo mil doscientos cuarenta y siete del Código Civil.

i) El Juez a quien se le ofrezcan dudas sobre la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio podrá acordar, para mejor proveer, cualquier prueba, incluida la testifical.

j) El recurso de casación solo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la Ley.

k) En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en la disposición adicional sexta, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que en la misma se establecen.

Sexta.- Uno. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en la presente disposición adicional.

Dos. La petición se formulará por escrito y a la misma deberá acompañarse: Certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en el artículo noventa del Código civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho.

Tres. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior deberán aportarse los siguientes documentos:

Primero: En el supuesto del artículo ochenta y uno, uno, del Código Civil, el acta o inscripción del matrimonio que acredite que este se ha celebrado al menos un año antes de la presentación del escrito de petición de separación.

Segundo: En el supuesto del artículo ochenta y seis, uno, la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio que acredite

la interposición de la demanda de separación.

Tercero: En el supuesto del artículo ochenta y seis, dos, la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio, acreditativo de la interposición de la demanda de separación personal, siempre que el otro cónyuge se adhiera a la misma.

Cuarto: En el supuesto del artículo ochenta y seis, tres, a), la resolución judicial o cualquier otro documento que acredite el derecho.

Quinto. En los demás supuestos en que sobreviniere acuerdo en la presentación del escrito de petición de separación o divorcio, el cónyuge o cónyuges deberán acompañar al citado escrito los documentos que lo acrediten así como el cumplimiento de los demás requisitos que deban concurrir.

Cuando los cónyuges no aportaren los citados documentos se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho que deberá practicarse en el plazo improrrogable de diez días.

Cuatro. En el plazo de tres días a contar desde la presentación de la petición, el Juez requerirá a las partes para que dentro de igual plazo se ratifiquen por separado en su petición de separación o divorcio.

Cinco. La admisión o inadmisión a trámite de la solicitud revestirá la forma de auto.

Sólo procederá la inadmisión si no se presentaren los documentos a que se refieren los números dos y tres de esta disposición, o si los cónyuges no hubiesen ratificado la petición. En el primer caso se concederá un plazo de diez días para subsanar los defectos y completar, en su caso, el convenio regulador. El auto de inadmisión podrá ser recurrido en apelación dentro del plazo de cinco días.

Seis. Si hubiese hijos menores o incapacitados, el juez dará audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos, y en su caso, dará audiencia a los mismos. Emitido informe por el Ministerio Fiscal o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez si considerase que el convenio no ampara suficientemente el interés de los hijos acordará que las partes, en el plazo improrrogable de cinco días, le sometan un nuevo texto y propongan los medios de prueba de que intenten valerse para su aprobación. Practicada la prueba propuesta, el Juez, en plazo no superior al de diez días, podrá acordar para mejor proveer



la práctica de cualquier otra que considere necesaria.

Siete. El juez dictará sentencia en el plazo de cinco días. Si la sentencia declarase la separación o el divorcio, pero no aprobase en algún punto el convenio regulador a que se refiere el número anterior, concederá a los cónyuges un plazo de diez días para proponer nuevo convenio en lo relativo a este punto; y, presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido, dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

La sentencia y, en su caso, el autor ratificador del convenio podrán ser recurridos en apelación dentro del plazo de cinco días.

Ocho. Las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias tenidas en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción.

Nueve. En el procedimiento establecido por la presente disposición será preceptiva la intervención de abogado y procurador, pero ambos cónyuges podrán valerse de una sola defensa y representación. Será de aplicación supletoria el procedimiento establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Diez. Contra la sentencia podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo civil de la Audiencia respectiva, en el plazo de cinco días.

Once. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio, tramitándose con arreglo a lo establecido en los números anteriores en el supuesto que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad.

Doce. En estos pleitos será preceptiva la asistencia de abogado y procurador, pero podrán las partes, si así lo estiman, valerse de una sola asistencia y presentación.

Trece. En todo lo no expresamente regulado en esta disposición adicional se aplicarán en cuanto no se oponga a ello, las restantes disposiciones adicionales.

Catorce. La Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará con carácter supletorio en sus artículos setecientos cuarenta y uno a setecientos sesenta y uno al procedimiento especial regulado en esta disposición adicional.

Séptima.- Las demandas de nulidad por causas distintas de las previstas en la disposición adicional quinta que se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario.

Octava.- En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes.

Las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público.

La tasa judicial correspondiente a las actuaciones a que se refiere esta ley quedará reducida al cincuenta por ciento.

Novena.- Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que consten el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos.

A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio.

Décima.- Con carácter provisional en tanto se de una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

Primera. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiados por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

Segunda. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.

Tercera.- El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

Cuarta. Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

Quinta. Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil.

#### DISPOSICION FINAL

Una vez creados los juzgados de familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de Primera instancia.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Quedará derogada la ley setenta y seis/mil novecientos ochenta, de veintiseis de diciembre, por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial.

Por tanto.

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a siete de Julio de mil novecientos ochenta y uno.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno.

LEOPOLDO CALVO-SOTELO Y BUSTELO

